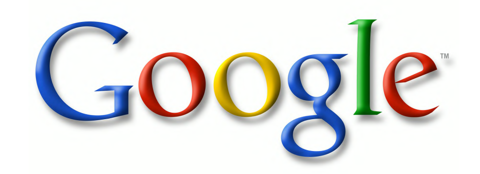
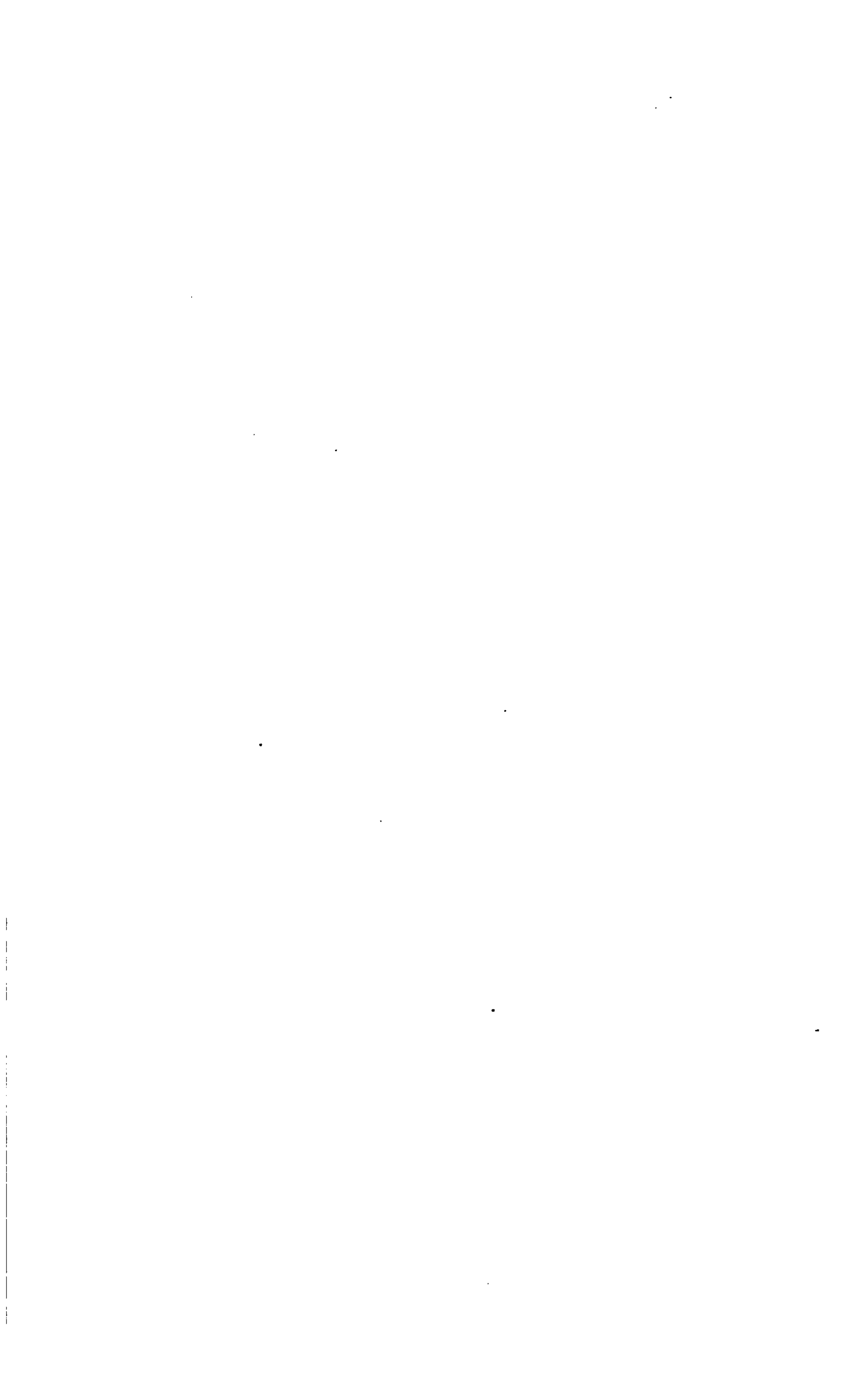



1837
ARTES
VERITAS
SCIENTIA
LIBRARY OF THE
UNIVERSITY OF MICHIGAN
TUEBOR
SI QUAERIS PENINSULAM AMOENAM
CIRCUMSPICE



Das

# jus naturale,

# aequum et bonum und jus gentium

# der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Vierter Theil:

Die gemeinsame Tendenz des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.

Beilagen IX—XXI zu dem jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer.

Leipzig,
Ernst Julius Günther.
1875.

# Die gemeinsame Tendenz

des

# jus naturale,

# aequum et bonum und jus gentium

der Römer.

---

Von

**Moritz Voigt.**

Leipzig,

Ernst Julius Günther.

1875.



## § 1.

### Einleitung und Plan.

Der gesammte Entwickelungsgang des römischen Rechtes wird in seinem geschichtlichen Verlaufe bestimmt durch die drei maaßgebenden Gegensätze von ius civile und ius naturale (positives und Naturrecht), von ius civile und ius gentium (civiles und internationales Privatrecht), von strictum ius und aequum et bonum: es ergeben dieselben die begrifflichen Mittelpunkte, um welche herum in concentrischen Schwingungen die schöpferischen Ideen und die historischen Gestaltungen selbst sich bewegen. Im Einzelnen jedoch ist die Stellung jener drei Begriffspaare inmitten der geschichtlichen Entwickelung eine ganz verschiedene: dem ius naturale und civile kömmt von vorn herein und überwiegend ein lediglich speculativer Werth zu, insofern die Uebereinstimmung oder Nichtübereinstimmung eines Rechtssatzes mit der naturalis ratio zwar von Bedeutung ist für das Urtheil an sich über ethische Verhältnisse, doch aber in keinem Punkte eine unmittelbare Wirkung bei Anwendung der betreffenden Satzung auf das concrete Lebensverhältniß gewinnt; dahingegen das ius gentium und civile, das aequum et bonum und strictum ius sind von der unmittelbarsten practischen Wirksamkeit: als Träger gewisser, die Rechtsordnungen direct beeinflussender Principien stellen sie die Zubehörigkeit der ihnen eigenthümlichen Rechtssätze auf Merkmale, welche ganz unmittelbar in deren Anwendung selbst sich ausprägen und so nun das betreffende Princip selbst je in seiner Verwirklichung oder Nichtverwirklichung reflectiren. Während so daher das ius naturale als Träger einer speculativen Anschauung und des philosophischen Gedankens zwar die Rechtsentwickelung im Allgemeinen in bedeutungsvollster Weise beeinflußt, die so be-

einflußte Bewegung jedoch lediglich im Dienste der speculativen Idee selbst sich vollzieht, so werden dagegen die Gebiete des ius gentium, wie des aequum et bonum durchaus von den practischen Interessen des Lebensverkehres beherrscht, und im Dienste von diesen nun beschieht es, daß in weitgreifender machtvoller Bewegung die bedeutungsvollsten Wandelungen dort sich vollziehen.

Im Besonderen jedoch folgt diese Bewegung unmittelbar einem zwiefältigen Ziele: in dem aequum et bonum offenbart sich das Streben, den normativen Gehalt der Rechtssätze umzugestalten und zwar entsprechend einer Mehrzahl legislativer Gesichtspunkte und Principien, von denen drei: die voluntatis, die damni und die sanguinis ratio dem Civilrechte, die arbitrii ratio dagegen dem Prozeßrechte anheimfallen. Dagegen in dem ius gentium wird die Richtung verfolgt, die Verknüpfung des Rechtssatzes mit dem Individuum als Person zu verallgemeinern und an die Stelle des römischen Bürgers den freien Menschen als das der Rechtsnorm theilhafte Subject zu setzen.

Neben diese doppelte historische Richtung tritt indeß noch eine dritte geschichtlich ausgeprägte Tendenz, die, an das ius naturale anknüpfend und auf dessen Wesenbestimmung als eines ius, quod natura omnia animalia docuit sich stützend, die Persönlichkeit sogar von dem freien Menschen noch auf den Sclaven zu übertragen und zu verallgemeinern anstrebt. Und auch dieses practische ius naturale, welches in Thl. I bereits constatirt wurde, gelangte zu einer, wenn auch sehr beschränkten institutionellen Ausprägung im Rechte, die selbst in § 4 im Näheren darzulegen ist.

Immerhin aber ist dieses practische ius naturale nicht der Träger einer neuen und eigenen Richtung in dem Fortbildungsprocesse des Rechtes, als vielmehr es vertritt dasselbe lediglich ein neues historisches Motiv innerhalb der schon durch das ius gentium getragenen Richtung: einer Verallgemeinerung der Verknüpfung des Rechtssatzes mit dem Individuum [1]).

---

1) Die dreifältige Classification der Menschen in liberi und servi, in cives und peregrini, in sui und alieni iuris könnte den Schein erwecken, es trete neben das practische ius naturale und das ius gentium als entsprechende dritte Masse auch noch dasjenige Privatrecht, welches dem filius familias die Rechtsfähigkeit des paterfamilias gewährt; vgl. Mandry, gem. Fa-

Wenn so daher eine zwiefache, verschiedene Richtung es ist, welche, getragen von den Strömungen des Zeitgeistes, in dem geschichtlichen Entwickelungsprocesse des Rechtes deutlichst hervortritt und durchaus bestimmend sich ausprägt, so erhebt sich nun die Frage, ob und in wie weit etwa jene doppelte Richtung einem einigen letzten Ziele folgt und ob somit dieselbe von einem gemeinsamen beherrschenden Zuge des Zeitgeistes hervorgerufen, wie bestimmt wird. Denn für solche Frage empfängt die historische Betrachtung nicht bloß aus sich selbst heraus eine Anregung, sondern auch durch die Wahrnehmung, wie die römische Rechtswissenschaft selbst jene drei, begrifflich so völlig verschiedenen Größen des ius naturale, aequum et bonum und ius gentium in die innigste Verbindung mit einander bringt, die theilweis sogar bis zu dem Grade sich steigert, daß mehrere jener Begriffe geradezu für identisch erklärt werden. Denn solche Thatsache, wie bei offener Unzuständigkeit und bei nahe tretender Inconsequenz solche innere Verbindung von ius naturale, aequum et bonum und ius gentium, wie andererseits von deren Gegensätzen von hochbegabten Trägern der Rechtswissenschaft aufrecht erhalten und vertreten wird, weist, wie in Thl. I S. 2 bemerkt, in der That darauf hin, daß jene fehlerhaft festgestellte Verknüpfung nicht ein unbeachtliches Product willkührlicher Ideencombination sei, sondern daß eben nur die Modalität jener Verknüpfung irrig, dagegen irgend welches andere Centrum gegeben sei, in welchem jene Begriffe in letzter Instanz zusammenlaufen und jene Einheit mit höherer objectiver Wahrheit sich wieder herstellen läßt. Und jenes gemeinsame Centrum, da es in Wahrheit nicht in der Sphäre des Speculativen liegt, kann eben nur in der Sphäre des Historischen gegeben sein: in einer gemeinsamen, wie allgemeinsten leitenden Tendenz, welche vom Zeitgeiste getragen und verfolgt ward.

Die Darlegung solcher allgemeinen leitenden geschichtlichen Tendenz ist nun die Aufgabe, welche diesem Theile in dem Plane

miliengüterrecht I, 229. Dennoch würde solche Parallelisirung eine verfehlte sein, da dieses letztere Recht und dessen Entwickelung ganz anderen historischen, wie theoretischen Gesichtspunkten sich unterordnet, vielmehr weit eher parallel geht mit der Ausbildung der Handlungsfähigkeit der in tutela mulierum stehenden Frau.

des gegenwärtigen Werkes überwiesen ist: es ist zu darzulegen jene gemeinsame und einheitliche Tendenz, welche, in machtvollem Zuge den Volksgeist bestimmend, durch das aequum et bonum, das ius gentium und das practische ius naturale in tief- und weitgreifender Maaße die gesammte Entwickelung des römischen Rechtes beeinflußt und leitet und so nun die Linie ergiebt, auf der jene Entwickelung sich bewegt und zugleich jene drei Begriffsgrößen selbst wenn auch nicht begrifflich zusammenfallen, so doch geschichtlich auf verschiedener Bahn nach einem einigen letzten Endziele sich bewegen.

Zur Vorbereitung dieser Aufgabe ist indeß zuvor noch in § 2—4 die Stellung des Sclaven nach dem ius naturale im Näheren zu entwickeln.

## § 2.

### Das practische ius naturale.

### Die Stellung des Sclaven nach römischer Volksanschauung.

Die altrömische Familie stellt, wie in Thl. III § 150 bemerkt, in Wirklichkeit sich dar „als ein patriarchalisch geleitetes Hauswesen, in welchem von Oben herab zwar die Würde und Hoheit der hausherrlichen Stellung gewahrt, aber doch mit Milde und Gerechtigkeit das Regiment geführt wird, von Unten her dagegen Achtung, wie Vertrauen und Hingebung dem Oberhaupte entgegengebracht, das Ganze aber von dem Bande der Zuneigung und des Wohlwollens umschlungen wird."

In solchem Lebenskreise steht von Alters her auch der Sclave als ein demselben angehöriges Glied. Und wenn immer auch dessen Eigenthumszubehörigkeit sein ganzes Lebensverhältniß durchdringt[2]), so wird doch seine Stellung selbst inmitten jenes Kreises wieder dadurch gehoben, daß er ebenso als Knecht seines Herren oder resp. als Magd der Herrin deren Arbeitsgehülfe

2) Der paterfam. war dem Sclaven immer der herus maior (der alte Herr), der filiusfam. der heres minor (der junge Herr): Plaut. As. II, 2, 63. Pseud. V, 1, 22. 23. 36. u. ö. vgl. Donat. in Ter. Hec. I, 2, 1., die materfam. endlich die hera maior, die filiafam. die hera minor: Plaut. Truc. IV, 3, 22. 23. Ter. Hec. III, 1, 55. u. ö.

in Feld und Hof oder resp. im Hause, als auch der Haus- wie Tischgenosse Beider ist und so nun zu deren Familienangehörigen, zum familiaris [3]) wird. Und so nun durch gemeinsame Arbeit, wie durch steten Lebensverkehr zu einer gewissen Gemeinschaft mit seinem Herren emporgehoben, durch Arbeit, wie Umgang in seiner Gesinnung veredelt, ist er ebenso der treue Dienstbote, welcher innig Theil nimmt an Wohl und Wehe des Herren und dessen gesammter Familie und so insbesondere auch das Vermögensinteresse desselben auf das Treueste wahrt und gewissenhaft vertritt, wie andererseits der Herr nicht als tyrannischer Gebieter, sondern als gerechter und wohlwollender Patriarch ihm entgegentritt [4]), insbesondere aber auch durch Zuwendung eines Sondervermögens: peculium [5]) ihm die Möglichkeit gewährt, ebenso seine Lage mannichfach zu verbessern oder auf eigene Hand Genüsse sich zu verschaffen,

---

3) Sen. Ep. 47, 14: videtis, quam omnem invidiam maiores nostri dominis, omnem contumeliam servis detraxerint: dominum patrem familiae appellarunt, servos — familiares; und übereinstimmend Macr. Sat. I, 11, 11; und so nun Plaut. Amph. I, 1, 203: quin me esse huius familiae familiarem praedico; Ep. I, 1, 2. Cat. bei Plin. H. N. XXIX, 8, 15: servi familiares; Col. RR. I, 6, 3. vgl. Thl. III A. 1945. Scharf, kurz und treffend wird dies gezeichnet von Plin. XXXIII, 1, 26: apud antiquos singuli Marcipores Luciporesve dominorum gentiles omnem victum in promiscuo habebant.

4) Ich verweise hier nur auf das meisterhafte Genrebild in Plaut. Most. I, 1, wo Grumio, der servus rusticus, als der Sclave vom altem Schrot und Korn dem Tranio, dem servus urbanus, als dem Sclaven von moderner Façon gegenüber gestellt wird. Eine entsprechende Characterisirung und Gegenüberstellung bietet auch noch Col. RR. I, 8, 1. 2. Dann wieder in Bezug auf den Herren: Plut. Cor. 24. Einen Reflex der Gesinnung und Lebensverhältnisse jener alten Zeiten bieten auch später noch die Gebräuche an den Matronalien und Saturnalien, welche an gemeinsamer Festtafel Herrschaft und Sclaven vereinigen, was dann die spätere Zeit in eine Bewirthung des Sclaven durch resp. mater- oder paterfamilias abänderte: Macr. Sat. I, 12, 7. Solin. I, 35. Lyd. de mens. III, 15. Plut. Lyc. et Num. comp. 1 u. a. m. Wegen des familiären Verkehrstones, den der Sclave dem Herrn, wie dessen Frau gegenüber annahm vgl. Dousa, Plaut. explan. 29 fg. Ein sehr bedeutungsvoller Umstand ist, daß die ältere Zeit lediglich Einen Sclaven und Eine Sclavin und dies zwar nur in dem vornehmen Hause kennt: Voigt im Rhein. Mus. f. Phil. N. F. 1869. XXIV, 59. A. 20.

5) Plaut. Trin. II, 4, 33. Bacch III, 3, 61. Most. I, 3, 96. IV, 1, 7. 19. Rud. I, 2, 24. Cas. II, 3, 40. As. II, 4, 91. Varr. RR. I, 2, 17. 17, 5. So

wie aber auch im günstigen Falle selbsteigen seine Freikaufssumme: das aes pro capite (Thl. III A. 300) sich zu erwerben. Und alle diese Beziehungen kommen am schärfsten, weil gewissermaaßen am natürlichsten bei dem verna zur Geltung, der ja in älterer Zeit als der Gespiele des Herrensohnes: seines eigenen späteren Herren heranwächst[6]). Im Allgemeinen aber betrachtete die Volksanschauung die Sclaverei als einen erst durch das Verderbniß des Menschengeschlechtes: durch den Verlust des goldenen Zeitalters geschaffenen Zustand (Thl. I, 339. III, 251).

In dem gleich schroffen Gegensatze nun zu der socialen Gestaltung des Verhältnisses, in welchem wir in Thl. III § 150 die Familienordnung constatirten, tritt auch zu der Sclaverei das Recht. Allerdings zwar negirt auch das Recht dem Sclaven nicht die Eigenschaft als Mensch: denn als solcher wird er namentlich anerkannt in der alten Vindications-, wie Mancipations-Formel: Hunc ego hominem [Marciporem oder dergl.] ex iure Quiritium meum esse aio (Thl. III A. 62. 66), wie auch später noch in der Classification von homines sui und alieni iuris. Allein andererseits ist wiederum demselben alle und jede eigene Rechtsfähigkeit schlechthin versagt, so daß er absolut rechtloser Mensch ist[7]): unfähig weder eine rechtliche Befugniß, noch eine rechtliche Verbindlichkeit für oder wider sich zu verwirklichen oder irgend eines entsprechenden Rechtsmittels theilhaft zu sein[8]). Und dies nun ist es, was die spätere Zeit dadurch bezeichnet, daß sie

---

insbesondere boves, oves peculiares: Plaut. Merc. III, 1, 26. As. III, 1, 36. Varr. LL. V, 19, 95. und sarkastisch gallus peculiaris bei Plaut. Aul. III, 4, 6.

6) Juv. Sat. XIV, 168: infantes ludebant quattuor: unus vernula, tres domini; Tac. Ann. XIV, 44: in agris aut domibus isdem nascerentur (sc. servi maioribus nostris) caritatemque dominorum statim acciperent.

7) Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 3. § 1): servile caput nullum ius habet.

8) Gai. 1 ad Ed. prov. (D. L, 17, 107): cum servo nulla actio est; Paul. 11 ad Ed. (D. IV, 5, 7. § 2): nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit; Marcian. 2 Jnst. (D. XLVIII, 10, 7): servi — ne quidem omnino iure civili neque iure praetorio neque extra ordinem computantur; Gord. im C. Just. III, 1, 6 (239): servus in iudicio interesse non potest nec, si condemnatio aliqua in personam eius factum sit, quod statutum est, subsistit.

dem Sclaven das caput oder die persona abspricht[9]). Und damit harmonirt wiederum, daß der Sclave Eigenthumsobject seines Herren ist, und insofern auch wieder unter die Sache fällt[10]). Auf der anderen Seite ist jedoch die Qualität des Menschen in dem Sclaven dazu verwerthet, daß man denselben im Dienste und zum Nutzen der Vermögensinteressen seines Herren zu einem Organe von dessen Rechtsfähigkeit und sonach zu dessen Erwerbsinstrumente erhob, so daß er befähigt war, einen Vermögenserwerb: an Eigenthum, wie Forderung seinem Herren zu vermitteln und insbesondere auch im Dienste solchen Ergebnisses Rechtsgeschäfte mit Gültigkeit und voller Wirksamkeit vorzunehmen[11]).

Indem so daher in dem Sclaven die doppelte Stellung ebenso als Mensch, wie als Sache: zugleich als Subject und als Object sich vereinigt, so gelangt nun jene erstere Rolle auch bei mannichfachen thatbeständlichen Verhältnissen zur Geltung, welche ebenso den Menschen als ihren Träger nothwendig voraussetzen, wie auch wiederum an dem Sclaven thatsächlich sich verwirklichen. Denn so, was zunächst die religösen Beziehungen betrifft, berichtet

Varr. L. L. VI, 3, 24: sacrificium — faciunt Diis Manibus servilibus sacerdotes,

---

9) J. Just. I, 16, 4: servus — nullum caput habuit; Theoph. Par. II, 14, 2. III, 17. pr.: οἰκέται ἀπρόσωποι· Th. et Val. in Nov. Th. XVII, 1, 2: servos — nec personam habentes; vgl. Cassiod. Var. VI, 8: servos, qui personamlegibus non habent.

10) Modest. 9 Reg. (D. XXXI, 1, 32. § 2): quum ita legatur: „Illi hoc amplius fundum illum cum omnibus rebus, quae in eodem fundo erunt," mancipia quoque continentur. Und so wird denn der Sclave auch wieder von den homines ausgeschlossen, so in der lex Cornelia de sicariis et veneficiis in Dig. XLVIII, 8, 1: si quis hominem occiderit, — hominem occidendi, necandi causa aliquid fecerit; vgl. A. 28. 29.

11) Dagegen ist der Sclave nicht befähigt, seinem Herren mittelst Rechtsgeschäftes eine Vermögensminderung: durch Veräußerung von Eigenthum, Aufgeben von Schuldforderungen oder Uebernahme von Schuldverbindlichkeiten zu vermitteln, noch auch in Vertretung seines Herren eine Klage: als Kläger oder als Beklagter zu übernehmen. Wohl aber kann der Sclave schon nach den XII Taf. durch das von ihm begangene furtum oder damnum datum den Herrn obligiren; allein solche Fähigkeit theilt er mit dem Thiere.

und Aristo bei Ulp. 25 ad Ed. (D. XI, 7, 2, pr.): locum, in quo servus sepultus est, religiosum esse[12]);

und ebenso konnten die Sclaven auch Mitglieder von Corporationen sein, dafern deren Statut sie zuließ und der Herr seine Genehmigung ertheilte[13]), wie denn auch bei gewissen Opfern Sclaven dem Opfernden zur Hand gehen[14]) oder auch das Opfer selbst vollziehen[15]).

Und wie sodann innerhalb der Sphäre der mores und alleinig auf Grundlage der fides im Verkehre zwischen Bürgern, wie mit Peregrinen den Rechtsverhältnissen parallel ebenso Ansprüche und Verbindlichkeiten als rein sociale Verkehrsfiguren auftreten und zu Geltung gelangen, wie auch Zubehörigkeits-Verhältnisse begründet werden, so nun ist auch der Sclave Träger derartiger rein socialer Lebensverhältnisse[16]): er ist Subject solcher nicht juristischen obligatio, sei es als debitor, sei es als creditor[17]), und

12) Vgl. Elvers, de reb. relig. 24. Den Gegensatz bekundet in personaler Richtung Paul. 27 ad Ed. (D. XLVII, 12, 4): sepulcra hostium religiosa nobis non sunt; in localer Richtung Gai. II, 7: in provinciali solo placet plerisque solum religiosum non fieri.

13) Marc. 2 Jud. publ. (D. XLVII, 22, 3. § 2): servos quoque licet in collegio tenuiorum recipi volentibus dominis; so in Sterbecassengesellschaften, wie auch in geistlichen Corporationen.

14) So beim votum pro bubus: Cat. RR. 83; bei den Compitalien: Dion. IV, 14.

15) So bei den Compitalien: Cat. RR. 5, 4. Dion. IV, 14.

16) Thl. III § 36 fg. Diese rein socialen Lebensverhältnisse werden bezeichnet durch factum im Gegensatze zum ius, so von Jul. 52 Dig. bei Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 6); Ulp. 43 ad Sab. in A. 17, und so auch in anderer Beziehung: Ulp. 7 Disp. (D. XLV, 1, 52. § 1); Paul. 15 Quaest. (D. cit. 130), 3 ad Ed. (D. II, 14, 27. § 3); J. Just. III, 17, 2.

17) Testament aus der Zeit der Republik in A. 22: heres meus Sticho, servo meo — D sh., quae in tabulis debeo, dato; Tubero bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 5. § 4): peculium [est], quod servus domini permissu separatum a rationibus dominicis habet deducto inde, si quid domino debetur; Jul. 53 Dig. (D. XLVI, 1, 16. § 4): licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intelligi possunt debitores et, qui ab his pecuniam recipiunt, debitum sibi recepisse; Ulp. 43 ad Sab. (D. XV, 1, 41): quum eo verbo (sc. debere) abutimur (sc. de servo), factum magis demonstramus, quam ad ius civile referimus obligationem. Im Besonderen vgl. Thl. III A. 300. 905. § 121; dann z. B. Ter. Phorm. I, 1, 3 fg., wo die Sclaven aus ihrem peculium unter einander sich darleihen, und dann wieder Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 3, 11. § 8).

ist nicht minder, Inhaber eines derartigen Eigenthumes[18]), wie Besitzes[19]).

Und in entsprechender Weise werden auch die Ehe, wie die Cognation des Sclaven als derartige rein sociale Lebensverhältnisse anerkannt[20]).

Ja indem die Speculation der Kaiserzeit das ius naturale als ein ius quod naturalis ratio inter omnes homines constituit aufnahm, so werden nun auf solches auch jene, den Rechtsverhältnissen parallelen Lebensbeziehungen des Sclaven zurückgeführt und demgemäß als naturalia prädicirt[21]), ohne daß jedoch bei der an sich rein speculativen Bedeutung solchen Naturrechtes daraus unmittelbar irgend welche practisch juristische Consequenz

18) Plaut. Poen. III, 1, 16 fg.: quum argentum pro capite dedimus, nostrum dedimus, non tuum: liberos nos esse oportet; Trin. II, 4, 33: servus cum suo peculio; Most. IV, 1, 19: peculii sui prodigi; Sen. Ep. 80, 4: mancipia — peculium suum pro capite numerant. Im Besonderen vgl. Thl. III A. 304. und so z. B. Sen. de Ben. VII, 4, 4: servus — dat — domino suo munus.

19) Jav. 14 Ep. (D. XLI, 2, 24): servus — id, quod ex peculio ad eum pervenerit, possidet; Pap. 2 Def. (D. cit. 49. § 1); Ulp. 49 ad Sab. (D. XV, 1, 38. § 8): licet — possidere civiliter non possint (sc. servi), tenere tamen eos nemo dubitat.

20) Wegen uxor, maritus, coniux, parentes, infantes, fratres, cognati etc. servi vgl. Cat. RR. 143, 1. Fabretti, Inscr. p. 314. 385. Orelli, Inscr. no. 2834—2848. Ulp. 20 ad Sab. (D. XXXIII, 7, 12. § 7. 33.), 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 35); Paul. sent. rec. III, 6, 38. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 5): parentes et filios fratresque etiam servorum dicimus; Boëth. in Cic. Top. p. 304: quaedam Romana — cum servo — nuptias fecit; J. Just. I, 16, 6: servitute alicuius cognati; Schneider, röm. Personennamen 38. Wegen der Ehen an sich vgl. Varr. RR. I, 17, 5. II, 10, 6. Col. RR. I, 8, 5. XII, 1, 1. 2, sowie Burchardi, Lehrb. § 118; Schneider, a. O. Nur auf die Ehefeierlichkeiten bezieht sich prol. in Plaut. Cas. 68 fg.

21) Obligatio naturalis, debitum naturale u. dergl.: Beil. III § 6 unter a. c; so z. B. Jav. 2 Post. Lab. in A. 22. Jul. 53 Dig. in A. 17. Weitere Beispiele, wo solche rein moralische Verbindlichkeiten durch obligatio naturalis oder dergl. bezeichnet sind, s. in Voigt, Cond. ob. caus. § 58 unter 22. Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 25. § 11) u. a. m. — Dominium naturale kann ich nicht belegen; vgl. jedoch Jav. 14 Ep. (D. XLI, 2, 24): peculium, quod servus civiliter quidem possidere non posset, — naturaliter tenet. — Possessio naturalis: Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 7): quamvis civili iure servus non possideat, tamen ad possessionem naturalem hoc referendum est. — Cognatio, pater, filius etc. naturalis: Beil. III, § 7.

bezüglich jener Verhältnisse sich ergeben hätte[22]), indem vielmehr deren Zurückführung auf solches ius naturale von Vorn herein lediglich ein rein doctrineller Gedanke ist, der erst in Ulpians

---

22) Wegen obligatio: Serv. bei Jav. 2 Post. Lab. (D. XXXV, 1, 40 § 3): dominus servo D sestertia (Trib.: aureos V) sic legaverat: „Heres meus Sticho, servo meo quem testamento liberum esse iussi, D sestertia, quae (Trib.: aureos V, quos) in tabulis debeo, dato“. Nihil servo legatum esse Namusa Servium respondisse scribit, quia dominus servo nihil debere potuisset, wo dann Jav. selbst im Sinne der späteren Zeit beifügt: ego puto secundum mentem testatoris naturale magis, quam civile debitum spectandum esse; Gai. IV, 78. Ulp. 28 ad Sab. (D. L, 17, 22. pr.): in personam servilem nulla cadit obligatio; 43 ad Sab. (D. XV, 1, 41): nec servus quidquam debere potest, nec servo potest debere. Dann im Einzelnen z. B. Paul. 5 ad Sab. (D. XVIII, 2, 14. § 3) u. a. m. vgl. Mandry, Peculium 54. — Wegen dominium: Gai. II, 87. (D. XLI, 1, 10. § 1. J. Just. II, 9, 3): qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest; 96: cum — istarum personarum nihil suum esse possit. — Wegen possessio: Pap. 2 Def. (D. XLI, 2, 49. § 1): qui in aliena potestate, sunt, — habere, possidere non possunt, quia possessio non tantum corporis, sed et iuris est; Ulp. 12 ad Ed. (D. L, 17, 118): quum possideatur (sc. servus), possidere non videatur. — Wegen cognatio und Ehe: Paul. de Grad. (D. XXXVIII, 10, 10. § 5): ad leges serviles cognationes non pertinent. So im Besonderen bezüglich des paricidium Venul. 2 de Jud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 4): nec lex Pompeia paricidii (sc. servos reos facit), quoniam cap. I eos apprehendit, qui parentes cognatosve — occiderint, quae in servos, quantum ad verba pertinet, non cadunt. Bezüglich des adulterium Diocl. im C. Just. IX, 9, 23. pr.: servi ob violatum contubernium suum adulterii accusare non possunt. Bezüglich der Ehehindernisse Theoph. Par. I, 10, 10: ἆρα δὲ ἡ συγγένεια ἡ ἐν δουλείᾳ ἐμποδὼν γίνεται τῷ γάμῳ; οἷον συνηλευθερώθη τις τῇ οἰκείᾳ ἀδελφῇ· ζητοῦμεν, εἰ ἐπιτέτραπται γάμος γενέσθαι αὐτῶν ἀναμεταξύ· καὶ ὅσον μὲν κατὰ τὴν ἀκρίβειαν, οὐ νομίζεται τὶς ἀναμεταξὺ αὐτῶν εἶναι συγγένεια. Bezüglich des Erbrechtes Ulp. 46 ad Ed. (D. XXXVIII, 8, 1. § 2): pertinet — haec lex (sc. Furia testamentaria s. Thl. III A. 1847) ad cognationes non serviles; nec enim facile ulla servilis videtur esse cognatio; J. Just. III, 6, 10; illud certum est ad serviles cognationes illam partem edicti, qua proximitatis nomine bonorum possessio promittitur, non pertinere; nam nec ulla antiqua lege talis cognatio computabatur. Nicht kommen hiergegen in Betracht die Wirkungen, welche das Recht an die servilis cognatio für den Dritten d. h. für den mit dem Sclaven verwandten Freien anknüpfen, insoweit hierbei der Erstere nicht als Rechtssubject, sondern nur als Object in Betracht kommt, so indem solche cognatio eine iusta manumissionis causa der lex Aelia Sentia ergiebt, oder statt des legirten Sclaven dessen Werth zu leisten berechtigt: Thl. III A. 1838.

Theorie zu practischen Consequenzen verwerthet wird (§ 4), früher dagegen die Verknüpfung von practisch juristischen Effecten mit jenen Lebensverhältnissen zwar erleichterte, in keiner Weise dagegen mit innerer Nothwendigkeit bedingte oder auch nur in ihrem Umfange und Maaße bestimmend beeinflußte. Vielmehr gewinnen von Alters her nicht einmal durch die Manumission jene Lebensverhältnisse einen practisch juristischen Effect und die Bedeutung von wahren Rechtsverhältnissen[23]).

## § 3.

### Fortsetzung.

### Der rechtliche Schutz des Sclaven.

Der seit dem sechsten Jahrhundert d. St. zu Rom sich vollziehende Wandel in Anschauungen, Sitten, wie Lebensverhältnissen führte schrittweise zu den tiefgreifendsten Veränderungen ebensowohl in dem Character des ganzen Institutes der Sclaverei, als auch in den dafür maaßgebenden nationalen Anschauungen, wie Lebensgewohnheiten selbst, woraus nun in der Kaiserzeit gewisse reformatorische, theils legislative, theils doctrinelle Sätze hervorgingen. Und zwar tendiren diese Neuordnungen selbst nach einer dreifältigen Richtung: theils gewähren sie dem Sclaven einen polizeilichen Schutz gegenüber seinem Herren oder beziehentlich einen criminalrechtlichen Schutz gegenüber dem Dritten, theils sprechen sie eine juristische Anerkennung aus der in der Sclaverei begründeten Lebensverhältnisse als wahrer Rechtsverhältnisse für den frei Gewordenen, theils endlich enthalten sie die

---

23) Marcell. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 18): non solet ei (sc. manumisso) proficere, si quid in servitute egit; Paul. 62 ad Ed. (D. L, 17, 146): quod quis, dum servus est, egit, proficere libero facto non potest. Dies steht in vollkommenstem Parallelismus mit den bezüglich des Peregrinen gültigen Ordnungen: Thl. III A. 1793. Bereits von Alters her begründet jedoch eine durchaus singuläre Ausnahme der Principsatz: noxa caput sequitur, insofern auf Grund dessen die noxale Verhaftung des Herrn (A. 11) durch die Manumission wie eines jeden in aliena potestate Befindlichen, so auch des Sclaven in eine directe des Freigelassenen sich umwandelt: A. 34.

Anerkennung einer activen Theilnahme des Sclaven selbst an dem Rechte[24]).

Zunächst nämlich gaben die eingetretenen obbezeichneten Veränderungen der Legislation der Kaiserzeit die Veranlassung, der Vollgewalt des Herren, wenn auch nicht nach der Richtung seiner Rechtszuständigkeit über das Eigenthumsobject, so doch seines Herrschaftsrechtes über den Menschen gewisse Schranken zu setzen: im Interesse der Menschlichkeit selbst und ebenso gegenüber der gewinnsüchtigen Ausbeutung des in der Arbeit des Sclaven belegenen Capitals, wie gegenüber der ausschreitenden Mißhandlung desselben von Seiten des tyrannischen Herren. Und hieraus ging nun eine Reihe von gesetzlichen Vorschriften hervor, die insgesammt dem Gesichtspunkte eines dem Sclaven gewährten polizeilichen Schutzes gegenüber seinem Herren unterfallen: zuerst die lex Claudia v. 47, welche die Unterlassung der Sorge für kranke Sclaven mit der Verwirkung der potestas bedrohte und solchenfalls denselben zum Latinus Junianus erklärte[25]); sodann die lex Petronia v. 61, welche dem Herren die Verwendung der Sclaven zu öffentlichen Thierkämpfen verbot[26]), worauf Hadrian durch ein S. C. ad legem Petroniam v. 121 eine sehr umfassende Verordnung erließ: theils entzog er unter Androhung crimineller Strafe dem Herren das Recht der Tödtung, wie der Einsperrung in ergastula, theils verbot er ebenso den Verkauf des Sclaven zur Prostitution oder an die Entrepreneure von Gladiatorenkäm-

---

24) Dagegen gehört gar nicht hierher, daß der Herr durch anstößige Behandlung des Sclaven den Ahndungen des censorischen regimen morum sich aussetzte: Dion. XX, 3. Becker, r. Alterth. II, 2, 223: denn hiermit wird nicht der Sclave, als vielmehr einzig und allein die gute Sitte geschützt.

25) Dio Cass. LX, 29 und daraus Zon. XI, 9; dann Suet. Claud. 25. Suid. v. Κλαύδιος· Modest. 6 Reg. (D. XL, 8, 2), Justin. im Cod. VII, 6, 1. § 3. vgl. Sen. de Ben. III, 22, 3. Nov. 22. c. 12. Auf der anderen Seite stand die actio ingrati liberti: Cuiac. Obs. XX, 6. Rein, Pr. Rt. 559. 602. und dazu Dio Cass. LX, 28.

26) Modest. 6 Reg. (D. XLVIII, 8, 11. § 2); vgl. Rein, a. O. 561. A. 3. Hänel, Corp. Leg. 54 b. Bei Tac. Ann. VI, 11: qui coërcet servitia eine Jurisdiction des praef. urbi zu Gunsten der Sclaven zu verstehen, ist ganz unberechtigt, vgl. A. 28.

pfen, als auch die Castrirung der Ersteren[27]). Noch weiter ging sodann Antoninus Pius, der einerseits den Herrn wegen doloser, ungesetzlicher Tödtung seines Sclaven mit der Strafe der lex Cornelia de sicariis, wegen grausamer Behandlung oder obscöner Zumuthungen aber mit obrigkeitlichem Zwange zum Verkaufe desselben bedroht, und zugleich letzteren Falles dem Sclaven eine Beschwerde beim praefectus Urbi gestattet[28]), andrerseits aber wegen Tödtung des fremden Sclaven dessen Herren eine accusatio legis Corneliae de sicariis einräumt[29]). Und jenes Beschwerderecht des Sclaven extendirte endlich Septimus Severus auch auf den Thatbestand, daß die Sclavin mit Preißgebung zu öffentlicher Prostitution bedroht ist (A. 28).

Sodann die zweite Gruppe von Rechtssätzen gewährt gewissen in der Sclaverei begründeten Lebensverhältnissen des Freien: der cognatio servilis, wie der obligatio naturalis innerhalb gewisser Gränzen die Anerkennung als wirklicher Rechtsverhältnisse.

Und zwar was zunächst die cognatio servilis betrifft, so beginnt solche Anerkennung derselben mit dem Satze, daß die Ver-

---

27) Spart. Hadr. 18. Ulp. 8 de Off. Proc. (Collat. III, 3, 4. D. I, 6, 2); Modest. 6 Reg. (A. 26); Venul. 1 de Off. Proc. (D. XLVIII, 8, 6); Ulp. 7 de Off. Proc. (D. cit. 4. § 2); Paul. 2 de Off. Proc. (D. cit. 5); vgl. Marc. 1 Jnst. (D. XVIII, 1, 42); Alex. im C. Just. IV, 56, 1. Vgl. A. 48.

28) Gai. I, 53. (D. I, 6, 1. § 2. J. Just. I, 8, 2); Theoph. Par. I, 8, 2; vgl. Ulp. 33 ad Ed. (D. XXIV, 3, 24. § 5); Paul. 5 sent. (Collat. III, 2); und dann ein Rescript Antonins bei Ulp. 8 de Off. Proc. (Collat. III, 3, 2. 3. D. I, 6, 2), J. Just. und Theoph. cit. Die Constitution Antonins wird ebenso eingeschärft, wie schärfer präcisirt von Constant. im C. Th. IX, 12, 1. 2. Im Allgemeinen vgl. noch Ulp. de Off. praef. Urb. (D. I, 12, 1. § 8): quod dictum est, ut servos de dominis quarentes praefectus audiat, sic accipimus: non accusantes dominos, hoc enim nequaquam servo permittendum est nisi ex causis receptis, sed si verecunde expostulent, si saevitiam, si duritiam, si famem, qua eos premant, si obscoenitatem, in qua eos compulerint vel compellant, apud praefectum Urbi exponant. Hoc quoque officium praefecto Urbi a divo Severo datum est, ut mancipia tueantur, ne postituantur.

29) Gai. III, 213. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 23. § 9), 41 ad Sab. (D. XIX, 5, 14. § 1); Marc. 14 Jnst. (D. XLVIII, 8, 1. § 2): Gord. im C. Just. III, 35, 3. J. Just. IV, 3, 11. Theoph. in h. l. Vgl. im Allgemeinen zu dem Obigen Geib, Gesch. d. Crim. Pr. 456 fg., wo indeß Manches zu berichtigen ist.

wandtschaft zwischen Ascendenten und Descendenten dem prätorischen Verbote der in ius vocatio unterfalle:

Lab. bei Ulp. 5 Ed. (D. II, 4, 4. § 3): parentes etiam eos accipi, qui in servitute susceperunt,

und mit dem Satze, daß die Verwandtschaft zwischen den Nämlichen, wie zwischen Geschwistern ein Ehehinderniß begründe, somit dessen Nichtbeachtung incestus iuris gentium ergebe, ein Satz, der zuerst auftritt bei

Pomp. 5 ad Sab. (D. XXIII, 2, 8): libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc ius moribus, non legibus introductum est,

und hier sonach darauf gestützt wird, daß solche Ehe nicht bloß vom Rechte, sondern auch von der bürgerlichen Sitte reprobirt d. h. bereits von früher her unterlassen worden ist [30]). Und dann wird wiederum von Theod. II und Val. III (447), wie von Justinian (530 fg.) auf die cognatio servilis ein Intestaterbrecht gestützt (Thl. III bei A. 1929).

Dagegen die von dem Sclaven begründete obligatio naturalis des Freigelassenen [31]) erlangt in dreifacher Beziehung rechtlichen Effect, und zwar darin, daß theils deren Erfüllung an oder Seitens des Libertus als ächte Solution gilt, somit bezüglich des solutum die condictio indebiti ausgeschlossen ist [32]), theils in entsprechender Weise ebensowohl deren Novation, als auch deren Satisfaction Seitens eines Dritten, so insbesondere durch adpromissio rechtsbeständig ist [33]). Dagegen wird an der altüberlieferten Rechtsordnung darin festgehalten, daß eine Klage oder Exception aus derartigen Obligationen weder für, noch wider den Freigelassenen gegeben wird, ausgenommen die actio ex delicto

---

30) Gleicher Gesichtspunkt ist maaßgebend für Paul. 35 ad Ed. (D. XXIII, 2, 14. § 2. 3), wie 6 ad Plaut. (D. cit. 39. § 1), 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 35. § 1) ergeben. Im Uebrigen vgl. Thl. III A. 1838, sowie unten § 4.

31) Vgl. Savigny, Syst. Beil. IV.

32) Pomp. bei Paul. 10 ad Sab. (D. XII, 6, 13); Ulp. 7 Disp. (D. XLIV, 7, 14): si servo, qui mihi mutuam pecuniam dederat, manumisso solvam, liberor; Tryph. 7 Disp. (D. XII, 6, 64); vgl. Jul. 53 Dig. (D. XLVI, 1, 16. § 4) und daraus Paul. 47 ad Sab. (D. XLIV, 7, 10); vgl. A. 50.

33) Ulp. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 8. XXXIX, 5, 19. § 4); Alex. im C. Just. IV, 14, 3. — Afr. 7 Quaest. (D. XLVI, 1, 21. § 2); vgl. A. 51.

des noxaliter verletzten Dritten, wo das alte Axiom noxa caput sequitur nach wie vor directa actio wider den Freigelassenen ergiebt[34]). Allein die spätere Zeit stellte hierneben noch einige weitere Ausnahmen und zwar auf Seiten der Defensive die exc. doli mali[35]), sowie auf Seiten der Klage theils die a. de dolo[36]), theils die a. depositi in factum concepta wider den Freigelassenen in dem Falle, daß Jener das depositum noch besitzt[37]), theils ferner die a. mandati oder neg. gest. in dem Falle, daß die Geschäftsführung in ihrer zeitlichen Dauer, wie ihren einzelnen geschäftlichen Momenten zugleich in die Zeit der Sclaverei und in die der Freiheit fällt, ohne daß für beide Perioden je das betreffende

---

34) Vgl. A. 23. Cels. 12 Dig. (D. XIII, 1, 15); Marc. bei Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 18); Gai. IV, 77. (J. Just. IV, 8, 5); Ulp. 7 Disp. (D. XLIV, 7, 14), 18 ad Ed. (D. IX, 4, 6); Paul. sent. rec. II, 13, 9. 31, 8. Sev. im C. Just. IV, 14, 1. Car. das. c. 2. Alex. das. III, 41, 1. Gord. das. IV, 14, 4. Da es beim Delicte des Sclaven wider den eigenen Herren eine noxa überhaupt nicht giebt, so versagt hier das obige Axiom, daher diesfalls, abgesehen von der actio surrepti, auch wider den Manumissus keine a. ex delicto gegeben wird: Gai. IV, 78 (J. Just. IV, 8, 6); Ulp. 39 ad Sab. (D. XLVII, 2, 17. § 1); Paul. 9 ad Sab. (D. cit. 18); Tryph. 15 Disp. (D. IX, 4, 37); Sev. im C. Just. III, 41, 1 (D. IV, 4, 11. pr.); Diocl. das. IV, 14, 6. Allein in der That liegt auch nur darin der Grund hiervon: denn eine Delictsobligation zwischen Sclaven und Herren ist als naturale eben so gut denkbar, wie eine Vertragsobligation. Walter, Gesch. d. r. Rechts § 474 sagt: „ein von einem Knecht gegen einen Dritten verübtes Delict begründet wider ihn eine vollständige klagbare obligatio; nur konnte freilich die Klage erst im Falle der Freilassung etwas helfen"; dieß aber heißt die antike Anschauung geradezu auf den Kopf stellen: die Vorstellung eines vollständigen klagbaren Forderungsrechtes gegen einen Sclaven ist dort geradezu undenkbar; vielmehr liegt dem noxa caput sequitur der Gedanke inne: das Delict des in aliena potestate Befindlichen, wie des quadrupes, obligirt solchen gar nicht, sondern allein den Herren, sowie dessen Successor in das ius oder in die potestas; wird daher der Sclave oder filiusfam. suae potestatis, so succedirt er als Successor in die potestas (Thl. II § 36) zugleich in jene obligatio ex delicto. Wegen Ulp. 7 Disp. (D. XLIV, 7, 14) vgl. A. 54.

35) Marc. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 18) und dazu Thl. III A. 1601.

36) Pomp. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 8).

37) Trebat. bei Paul. 60 ad Ed. (D. XVI, 3, 21. § 1), wozu vgl. Thl. III A. 1497. Die spätere Jurisprudenz verwarf diese Ausnahme, wie Marc. in A. 35 ergiebt.

Ergebniß der Geschäftsgebahrung finanziell gesondert sich abschließen ließe [38]); theils endlich eine a. praescript. verbis des Manumissor auf Bezahlung des aes pro capite aus dem pactum libertatis [39]).

Endlich die dritte Gruppe von Rechtssätzen verknüpft mit den Lebensverhältnissen des Sclaven selbst in ganz directer Weise gewisse Rechtswirkungen und involvirt somit thatsächlich die Anerkennung einer Rechtsfähigkeit desselben. Allein im Besonderen ist wiederum der hierbei maaßgebende theoretische Gesichtspunkt ein zwiefältiger, indem solche unmittelbare Theilnahme des Sclaven an den Rechtssatzungen bald lediglich den Character des Anomalen an sich trägt und somit als reine Singularität auftritt, bald aber auch wieder auf die Idee einer dem Sclaven zukommenden Persönlichkeit sich stützt und so nun in Wahrheit auf dem Gesichtspunkte einer demselben zukommenden Rechtsfähigkeit beruht. Diese letztere Auffassung aber tritt zu Tage in dem ius naturale Ulpians als dem ius, quod natura omnia animalia docuit und dieselbe ist in § 4 besonders zu erörtern, wogegen jene erstere Ordnung wiederum in zwiefacher Richtung sich ausprägt: theils zu Gunsten des Sclaven selbst, theils aber auch zu Gunsten eines Dritten, welcher Gläubiger des Ersteren ist.

Zunächst nun dem Sclaven selbst wird solcher anomale Schutz des Rechtes gewährt in den folgenden Rechtssätzen:

1. in der Testirfähigkeit gewisser Sclaven nach Ulp. XX, 16: servus publicus populi romani partis dimidiae (sc. peculii) testamenti faciendi habet ius; vgl. auch Schneider, röm. Personennamen 38 fg.

2. in der Fähigkeit des servus poenae zum Erwerbe eines legatum alimentorum [40]);

---

38) Ulp. 35 ad Ed. (D. III, 5, 17).

39) Alex. im C. Just. IV, 14, 3. vgl. A. 44.

40) Paul. 10 Quaest (D. XXXV, 1, 11); Marc. 11 Jnst. (D. XXXIV, 8, 3. pr.); jedes andere Legat ist solchenfalls pro non scripto: Ant. Pius bei Ulp. 8 ad Sab. (D. XXIX, 2, 25. § 3); Marc. cit. — In jedem anderen Falle begründet entweder die Onerirung des Erben Legat an den Herren des Sclaven, so Afr. 2 Quaest. (D. XXXV, 1, 42), oder die Onerirung des Herren einen Modus zu Gunsten des Sclaven, so bei Scaev. 17. 19 Dig. (D. XXXIV, 1, 15. § 1. fr. 17). Die weitere Anomalie dagegen, welche Savigny, Syst.

3. in der Vorschrift von Justin. im Cod. VI, 27, 5. § 2 (531), daß der Erbe dem sine libertate honorirten Sclaven, der sonach die Freiheit nicht erlangt, dennoch das ausgesetzte Legat gewähren solle (vgl. A. 690);

4. darin, daß dem statu liber bei Zweifel über den Eintritt der Bedingung ein bezügliches praeiudicium gegeben wird [41]);

5. darin, daß in gewissen Fällen dem Sclaven eine in Form der extraordinaria cognitio [42]) behandelte Klage auf Manumission gegeben wird, und zwar

aa. die a. fideicommissi, dafern der Sclave fideicommissarisch freigelassen ist [43]);

bb. die a. praescriptis verbis aus dem pactum libertatis [44]);

6. darin, daß in gewissen Fällen dem Sclaven selbst d. h. ohne Dazwischentreten eines assertor die vindicatio in libertatem gegeben wird, nämlich dann, wenn der Veräußerer der Sclavin von seinem Verwirkungs-Rechte auf Grund des pactum ut, si

---

§ 72 e. g auf Grund von Paul. 3 ad Ner. (D. XXXIII, 1, 16) auf sehr künstlichem Wege construirt, liegt nicht vor: es ist sicher ein Satz ältesten Datums, daß der Herr den statu liber nicht verhungern lasse, und diesfalls von ganz anderem Gesichtspunkte aus dictirt, wie dies auch Paul. selbst ergiebt: denn nicht das Legat kommt hier dem Sclaven zu und gewährt ihm die Subsistenz, sondern der Herr hat die Alimente zu geben, während das annuum legatum erst mit der Erwerbung der Freiheit dem Ersteren deferirt wird.

41) Pap. 12 Quaest. (D. XXXVIII, 2. 41); Marc. 2 Jnst. (D. XL, 1, 5. § 1): si rationibus redditis liber esse iussus fuerit, arbiter in servum et dominum id est heredem datur de rationibus excutiendis; Hermog. 1 Jur. ep. in A. 43.

42) Zimmern, Civ. Pr. § 88. Keller, Civ. Pr. A. 963. Vgl. Ulp. de Off. praef. Urb. in A. 28.

43) Pomp. 7 ad Sab. (D. XL, 5, 44); Paul. 5 Quaest. (D. XIX, 1, 43); Hermog. 1 Jur. ep. (D. V. 1, 53): praeterea fideicommissam libertatem ab his (sc. dominis) petant (sc. servi); sed et si qui suis numis redemtos se et non manumissos contra placiti fidem asseverent; liber etiam esse iussus, si rationes reddiderit, arbitrum contra dominum rationibus excutiendis recte petet; sed et si quis fidem alicuius elegerit, ut numis eius redimatur atque his solutis manumittatur, nec ille oblatam pecuniam suscipere velle dicat, contractus fidem detegendi servo potestas tributa est.

44) Epist. div. Fratrum bei Marc. 2 Jnst. (D. XL, 1, 5. pr.); Ulp. de Off. praef. urb. (D. I, 12, 1. § 1); Herm. 1 Jur. Ep. in A. 43. Vgl. A. 39.

ancillam prostituisset, abducendi potestas sit selbst keinen Gebrauch macht[45];

7. in der Zulassung des Sclaven zu gewissen accusationes und zwar

aa. im eigenen Interesse zur accusatio falsi wegen Unterdrückung des Testamentes, wodurch der Sclave mit der Freiheit honorirt ist[46];

bb. im Interesse des Staates, so z. B. zur accusatio wegen crimen annonae[47];

8. in der Zulassung von accusationes wider den Sclaven[48].

Endlich wiederum zum Schutze Dritter dienen diejenigen Rechtssätze, welche an die obligatio naturalis des Sclaven entsprechende Rechtswirkungen anknüpfen, nämlich daß

a. bei der für die a. de peculio maaßgebenden Berechnung des peculium die Schuldverbindlichkeiten zwischen Herren und Sclaven mit in Ansatz gebracht werden[49];

b. die Leistung des von dem Sclaven dem Herren oder einem Anderen geschuldeten debitum Seitens eines Dritten als ächte Solution gilt, somit bezüglich des solutum die cond. indebiti ausgeschlossen ist[50];

---

45) Alex im C. Just. IV, 56, 1. Justin. das. VII, 6, 1. § 4.

46) Marc. Aur. und Commodus bei Marc. 2 Jnst. (D. XLVIII, 10, 7): quum servus quereretur, quod tabulae testamenti, quibus ei data erat libertas, supprimerentur, admittendum ad suppressi testamenti accusationem; Hermog. in A. 47.

47) Hermog. 1 Jur. ep. (D. V, 1, 53): in certis ex causis adversus dominos servis consistere permissum est id est, si qui suppressas tabulas testamenti dicant, in quibus libertatem sibi relictam asseverant; item arctioris annonae populi romani, census etiam et falsae monetae criminis reos dominos detegere servis permissum est; u. a. m. Das Nähere gehört nicht hierher; vgl. Geib, Gesch. d. röm. Crim. Pr. 516. 518.

48) Venul. 2 de Jud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 4) u. a. m. Diese Neuerung beginnt mit dem S. C. Hadrians in A. 27; früher griff alleinig das iudicium domesticum ein, so z. B. Cat. RR. 5, 1. vgl. Voigt, lex Maenia § 9. Im Allgemeinen vgl. Geib, a. O. 457 fg.

49) Tubero bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 49. § 2); Nerat. 2 Resp. bei dems. (D. cit. 9. § 2); Pomp. 4 ad Qu. Muc. (D. cit. 49. § 2); Ulp. 29 ad Ed. (D. cit. 11. § 2).

50) Pomp. bei Paul. 10 ad Sab. (D. XII, 6, 13. pr.); vgl. A. 32.

c. die Satisfaction Seitens eines Dritten für die Schuld des Sclaven an den Herren oder an einen Anderen, so die adpromissio [51]), wie pigneris datio [52]) rechtsbeständig ist.

## § 4.

### Fortsetzung.

### Die Rechtsfähigkeit des Sclaven nach dem ius naturale.

Die Frage, welchem Individuum die Rechtsfähigkeit des φύσεν δίκαιον zustehe, war frühzeitig bereits in der Speculation der Griechen hervorgetreten und hatte hier nun mit Mehrstimmigkeit die Beantwortung gefunden, daß dem Menschen allein solche Persönlichkeit zukomme, sei es nun, wie nach der Lehre der Stoa, dem Menschen schlechthin und als solchem, sei es, wie nach der Lehre der älteren Systeme, dem Staatsbürger allein. Lediglich Pythagoras und Empedocles vertraten eine entgegenstehende Lehrmeinung, welche dem Menschen und Thiere gemeinsam solche Persönlichkeit beimaß [53]).

Indem nun jene Lehre in dem ganzen Reichthume der davon getragenen und so anregenden Gedanken in den Ideenkreis der Römer Eingang fand, so gewann zwar auch hier jene Vorstellung von einem den Thieren zukommenden Rechte einen Boden und

51) Gai. III, 119: fideiussor — omnibus obligationibus — adici potest ac ne illut quidem interest, utrum civilis an naturalis sit, cui adiciatur, adeo quidem ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit, qui a servo fideiussorem accipiat, sive dominus in id, quod sibi debeatur; Proc. 7 Ep. (D. XLVI, 3, 84); Jav. 11 ex Cass. (D. XLV, 1, 104); Jul. 15 Dig. (D. XIX, 1, 24. § 2) und bei Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 3. § 7); Gai. 1 de V. O. (D. XLVI, 1, 70. § 3); Pomp. 22 ad Sab. (D. cit. 2); Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 8); Paul. 2 ad Plaut. (D. XLVI, 1, 35), 15 Quaest. (D. cit. 56. § 1), 10 ad Sab. im A. 52; vgl. A. 33. — Dagegen die adpromissio des sponsor oder fideipromissor, worüber vgl. Gai. cit., kommt hier gar nicht in Betracht, da solche überhaupt unabhängig von der Existenz einer causa obligationis ist: Thl. III A. 1182.

52) Paul. 10 ad Sab. (D. XII, 6, 13. pr.).

53) Thl. I § 34. Bachofen, Gräbersymbolik 185 A. 2 erblickt in diesem Lehrsatze nicht das Ergebniß einer rein speculativen Abstraction einer jüngeren Zeit, sondern zugleich den Ausläufer eines Urgedankens der Menschheit, welcher in der innigeren Gemeinschaft der Menschen mit dem Thiere in den primitiven Zeiten wurzelte; vgl. dafür Schömann, gr. Alterth. II³, 226.

tritt so in mannichfachen Kundgebungen: bei einem Vergil und Ovid, bei einem Plinius und Aelian, nicht minder bei Sen. de Clem. I, 18, 2 hervor. Allein die herrschende und namentlich die in der Rechtswissenschaft allein maaßgebende Vorstellung legte dem Menschen allein die Persönlichkeit des ius naturale bei, als einem ius, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit (Thl. I § 46 fg. 94), bis endlich Ulpian auf den Lehrbegriff eines ius quod natura omnia animalia docuit zurückgriff, um darauf vornämlich die Rechtsfähigkeit des Sclaven theoretisch zu stützen.

Und zwar findet dieses Theorem Ulpians einen Zielpunkt zunächst in der Richtung des Doctrinellen, hier nun berufen, einen vorgefundenen Widerspruch verwandter Lehrmeinungen zu beseitigen. Denn indem die frühere Jurisprudenz und so namentlich Gajus das ius naturale als ein ius quod naturalis ratio inter omnes homines constituit definirte, und gleichzeitig demselben eine practische Geltung als ius gentium beimaß (Thl. I § 60, 84), so gerieth nun hierdurch das Denken insofern in einen Widerspruch, als ein und derselbe Rechtsatz als iuris naturalis über alle Menschen zu herrschen berufen war, gleichwohl aber dieser nämliche Satz als iuris gentium nur über den freien Menschen allein in Wirklichkeit herrschte. Denn dieser Widerspruch fiel weg, insoweit außerhalb des ius gentium dem ius naturale ein eigener Wirkungskreis als practisches und so nun in Wahrheit für alle Menschen gleiches Recht überwiesen ward.

In noch weit höherem Grade fand jedoch jene Theorie Ulpians ihren Schwerpunkt innerhalb des Practischen, wo nun dieselbe berufen war, weniger ein dem Thiere mit dem Menschen, als vielmehr ein dem Sclaven mit dem Freien und sonach ein in Wahrheit allen Menschen gemeinsames Recht zu begründen. Und zwar kommt in dieser Beziehung dem ius naturale eine doppelte Bedeutung zu: einestheils für diejenigen Beziehungen, in denen eine Theilnahme des Sclaven an dem Rechte oder auch die Rechtswirksamkeit der in der Sclaverei begründeten Verhältnisse des Freigelassenen bereits überliefert war, eine theoretische Rechtfertigung der darin gegebenen Anomalieen zu bieten, wie anderentheils auch wiederum auf Grund der Anforderungen des ius naturale in noch weiteren Beziehungen eine Theilnahme des Sclaven an dem Rechte zu vermitteln.

Denn so gewinnt zunächst die obligatio naturalis eine systematische Stellung als Rechtsinstitut des ius naturale, in der Weise, daß die Entstehungsgründe der Obligation, welche das ius civile setzt: contractus und delictum, zugleich als causae der obligatio naturalis anerkannt[54]) und an diese nun wenn auch weit beschränktere Wirkungen als dort, so doch ächte Rechtswirkungen angeknüpft werden: die Ausschließung der cond. indebiti auf Grund der Solution eines debitum naturale,[55]) die Möglichkeit der Novation, wie Adpromission eines solchen, die Deduction desselben bei Berechnung des peculium.[56])

Und nicht minder stützt sich auf die Rechtssätze des ius naturale über die maris et feminae coniunctio und über die liberorum procreatio et educatio (Thl. I § 56) wieder eine Mehrheit von Consequenzen: die Mutterfolge des Sclaven, wie die Verpflichtung zur Ernährung der bedürftigen Eltern,[57]) und die Möglichkeit für den Ersteren einer Begehung des adulterium[58]) oder eines incestus iuris gentium,[59]) wie seine Unterwerfung unter die Strafe des paricidium.[60])

---

54) 7 Disp. (D. XLIV, 7, 14): servi ex delictis quidem obligantur et, si manumittantur, obligati remanent. Ex contractibus autem civiliter quidem non obligantur, sed naturaliter et obligantur et obligant; wo unter der obligatio ex delicto auch nur an eine naturalis gedacht werden kann, wie einestheils 47 ad Ed. (D. L, 16, 42) ausdrücklich bekundet, und anderntheils schon dadurch bedingt wird, daß ja der civilis obligatio der Sclave gar nicht fähig ist; vgl. 43 ad Sab. (D. L, 17, 32): quod attinet ad ius civile, servi pro nullis habentur; 1 ad Sab. (D. XXVIII, 1, 20. § 7): servus — quum iuris civilis communionem non habeat in totum; worauf sich nun auch beziehen die Sentenzen Ulpians in A. 22, sowie 4 ad l. Jul. et Pap. (D. L, 17, 209): servitutem mortalitati fere comparamus.

55) 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 12).

56) 11. 76 ad Ed. in A. 33. — 11 ad Ed. in A. 51. — 29 ad Ed. in A. 49.

57) 27 ad Sab. (D. I, 5, 24). — 2 de Off. Cons. (D. XXV, 3, 5. § 16).

58) 47 ad Ed. (D. L, 16, 42).

59) Vgl. Theoph. Par. I, 10, 10: διὰ τὸ τοῦ αἵματος δίκαιον ὅ ἐστι ius sanguinis (s. Thl. I A. 502) ἡ συνάφεια κεκώλυται.

60) Vgl. Venul. 2 de Jud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 4): quum natura est communis (sc. servis cum liberis hominibus), similiter et in eos animadvertetur (sc. lege Pompeia paricidii), eine Sentenz, welche ergiebt, daß Venul. die Theorie von Ulpians ius naturale adoptirt hatte.

Und auf der anderen Seite correspondirt dem wieder die Empfänglichkeit des Sclaven für die Injurie, wie die Ermächtigung desselben zu vim vi repellere.[61])

## § 5.

### Das ius gentium, das practische ius naturale und das aequum et bonum in ihrer historischen Stellung.

Mit dem zweiten Jahrzehnt des sechsten Jahrhunderts d. St. tritt in der historischen Entwickelung des römischen Rechtes eine ganz eigenthümliche Bewegung zu Tage: während auf der einen Seite solche Fortbildung die Richtung weiter verfolgt, welche durch altüberlieferte, das Recht beherrschende Principien ihm vorgezeichnet sind, so greift jetzt daneben noch eine durchaus abweichende Strömung Platz, welche in ganz neue Bahnen die Entwickelung überleitet und, in Verfolgung ganz entgegengesetzter Principien, völlig andersartige Ordnungen und Rechtsgebilde erzeugt. Solche divergirende Bewegung an sich aber trägt zeitlich einen ganz verschiedenen Character an sich: von Anfang an erstreckt sich diese jüngere Strömung auf dasjenige Gebiet von Lebensverhältnissen, welches bis dahin von den Ordnungen des Rechts noch gar nicht umspannt war: es ist ein noch freier Raum, welcher durch jene Neubildungen dem Rechtsgesetze neu unterworfen wird; im weiteren Verlaufe jedoch jener Bewegung dringt diese jüngere Strömung auch ein auf das bereits von Alters her vom Rechte beherrschte Gebiet und, indem dieselbe hier nun auf ältere Rechtsbildungen stößt, welche noch längere Zeit hindurch in Bestand sich behaupten, so entsteht damit ein Kampf jener entgegengesetzten Principien, der schließlich mit der Ueberwindung der althistorischen Gebilde endet: allmählig werden dieselben auf einzelnen Punkten völlig zersetzt oder vernichtet, während auf anderen Punkten wieder dieselben zerbröckeln oder verkümmern und so nun lediglich ein rudimentäres Dasein noch behaupten.

In diesem so bedeutungsvollen historischen Processe ergeben das sechste bis achte Jahrhunderts d. St. die entscheidende Epoche:

---

61) 75 ad Ed. (D. XLVII, 10, 15. § 35. 44. J. Just. IV, 4, 3). — 69 ad Ed. (D. XLIII, 16, 1. § 27).

diese sind es, welche am Fruchtbarsten sich erweisen in Aufstellung ganz neuer und origineller Gesichtspunkte und Ideen, wie in Gestaltung von Satzungen und Instituten, die selbst sei es an sich eine ganz hervorragende Wichtigkeit für den Lebensverkehr erlangten, sei es aber auch als Original-Typen und Vorlagen für noch weitere, jüngere Bildungen die spätere Entwickelung beeinflußten.[61a]) Dahingegen die fortschreitende Kaiserzeit übernimmt vornämlich nur die Durchbildung jener bereits überlieferten Schöpfungen, theils aber auch die Erweiterung und Ausführung der schon consolidirten jüngeren Principien selbst durch Einfügung von neuen Gebilden in deren Rahmen. Lediglich das practische ius naturale in seiner theoretischen Begründung ist die originale und selbstständige Idee der mittleren Kaiserzeit.

In jener gesammten gegensätzlichen, wider das alte ius civile Romanorum andrängenden Bewegung aber, welche so in der jüngeren Rechtsbildung sich vollzieht, gränzen sich deutlichst erkennbar wiederum zwei Hauptströmungen ab: einerseits die Tendenz, das Recht von seiner altüberlieferten Verbindung mit dem civis Romanus als dem Träger seiner Satzungen: als der alleinigen Person abzulösen und die Theilnahme zunächst dem freien Menschen: dem Bürger peregriner Staaten, wie dem Apoliden, weiterhin aber auch dem Menschen als solchen: auch dem Sclaven zu erschließen, und andrerseits die Tendenz, das Recht in seinem altüberlieferten normativen Gehalte nach Maaßgabe neuer Principien umzugestalten und so in ganz neue Ordnungen überzuleiten. Und zwar wird die erstere Tendenz vertreten theils durch das privatrechtliche ius gentium, als dem internationalen Privatrechte, theils durch das practische ius naturale, als dem gemeinen Menschenrechte, die letztere Tendenz dagegen durch das aequum et bonum, als dem Billigkeits-Rechte.

Zunächst nun das ius gentium tritt vom sechsten Jahrhundert d. St. ab entgegen einer Grundordnung des Staats- und Volkslebens, welche als die primitive bei allen Völkern der arischen Familie sich erweist: dem Systeme der nationalen Fundirung und Abschließung aller Lebensbeziehungen der Staatsgenossen:

---

61a) Cic. de Orat. I, 58, 247: non vides veteres leges aut ipsas sua vetustate consenuisse aut novis legibus esse sublatas?

in Religion und Recht, in Staat, bürgerlicher Gesellschaft, wie Familie. Diesem Systeme aber ist durchaus widerstreitend das ius gentium, welches, indem es zuerst innerhalb des Obligationenrechtes, weiterhin aber auch in weiterer Sphäre dem Peregrinen in gleicher Maaße, wie dem Bürger die Rechtsfähigkeit zuerkennt, damit die Theilnahme am Privatrechte von der Basis der civitas romana völlig ablöst, vielmehr auf die libertas des Individuum fundirt.

Der letzte und höchste Fortschritt aber nach dieser Richtung hin wird vollzogen in dem ius naturale, welches die Rechtsfähigkeit des Individuum sogar ablöst von der libertas und vorgeblich an dessen animalische, in Wahrheit aber an dessen menschliche Natur anknüpft. Allein diese letzte Entwickelung, wenn auch punctuell vom Ausgange der Republik ab beginnend, wird zur bewußten Anerkennung der ihr inliegenden principiellen Bedeutung und Tragweite erst in der Mitte der Kaiserzeit durch Ulpians Theorie vermittelt und gelangt überdem niemals zur vollen Durchführung der ihr inliegenden Consequenzen, indem vielmehr sofort nach den ersten Schritten in dieser Richtung die neu eingeleitete Bewegung in Folge des Verfalles der Rechtswissenschaft selbst wiederum in völligen Stillstand geräth.

Endlich wiederum mit dem aequum et bonum tritt in dem sechsten Jahrhundert d. St. die Tendenz in das Recht hinein, nach Maaßgabe ganz neuer stoffbildnerischer Principien dessen Ordnungen umzuwandeln, ja völlig neu zu gestalten. Denn es stellt damit die aequitas, als die Vertreterin der durch die jeweilige Volksanschauung getragenen normativen Ideen für den in die Außenwelt hervortretenden Lebensverkehr die voluntatis, die damni und arbitrii, wie die sanguinis ratio den entgegenstehenden, von dem überlieferten Rechte getragenen und als rigor erfaßten Principien gegenüber. Und indem jene Ersteren noch vor ihrem Eintreten in das Recht bereits in der Sphäre der boni mores eine Ausprägung gewonnen haben und hier als eigenartige ethische Anforderungen und Pflichtgebote: als fides, aequitas und pietas, wie als boni viri arbitrium (Thl. III § 31. 100. A. 1837. 730) in scharfem Contraste zu der Anforderung des ius: zur iustitia, wie zum iudicium iudicis in Geltung sich behaupteten, so bewerkstelligt sich nun in jenem Eindringen des aequum et

bonum in das ius eine stoffliche Umwandlung des Letzteren nach Maaßgabe jener von der jüngeren Volksanschauung vertretenen und in der bürgerlichen Sitte bereits zur Geltung gelangten entgegengesetzten Gesichtspunkte und Ordnungen. Im Uebrigen aber geht aus diesem historischen Processe keineswegs das zu erwartende Ergebniß hervor, daß jene jüngeren Principien die überlieferten, entgegenstehenden Bildungen rasch und in kurzem Kampfe völlig überwunden und beseitigt hätten und so nun bald eine harmonische Ordnung im Rechte geschaffen worden sei. Denn wenn immer auch die von der aequitas getragenen Principien in der That nach vielfachen Richtungen hin in stetiger und durchgreifender Entwickelung in dem Rechte durchgeführt werden, so beharren doch auch wieder ebenso die von dem rigor vertretenen Principien in ihrem schroffen, tiefgreifenden und ausgedehnten Gegensatze zu jenen ersteren, wie auch die älteren Gebilde selbst des rigor theilweis noch längere Zeit hindurch in ihrem Bestande sich behaupten, ja vereinzelt sogar noch eine Fortentwickelung erfahren. Dieses eigenthümliche Verhältniß selbst aber erklärt sich vornämlich aus dem conservativen Sinne der Römer: jenem Hangen und Festhalten an dem von den Vätern Ueberlieferten, welches einen Grundzug im Character des römischen Bauern bildet. Denn in Folge dessen beschieht es, daß überlieferte Rechtsordnungen vielfach im Widerspruche mit den inzwischen veränderten Bedürfnissen und Anforderungen des bürgerlichen Verkehres einen übermäßig langen Bestand sich bewahren und daß die inzwischen eingetretenen Wandelungen der Culturverhältnisse: der Volksanschauungen, wie der Lebensverhältnisse und Verkehrsgestaltungen andere Ordnungen als angemessen: als aequi et boni erforderten, als solche von jenen Rechtssätzen selbst geboten wurden (Thl. I § 4).

Gemeinsam und gleichmäßig aber kommt allen jenen in dem ius gentium und ius naturale, wie in dem aequum et bonum vertretenen Principien die historische Bedeutung zu, in getreuem Bilde die von dem Volksgeiste getragenen Zeitströmungen und Ideen uns zu bieten. Denn das Recht ist das Product des Volksgeistes selbst: in seinem Denkgehalte hervorgehend aus dem von dem Volke bewahrten Schatze an Lebensanschauungen und ethischen Postulaten. Und wie daher durch diese Ideen und Anforderungen des Zeitgeistes das reiche historische Detail von

Satzungen und Instituten beherrscht und in seinem unendlichen Reichthume an Einzelbildungen nach ganz bestimmten und übereinstimmenden Richtungen hin gelenkt wird, so sind nun diese maaßgebenden Richtungen selbst indicirt ebenso in der voluntatis, damni, sanguinis und arbitrii ratio, wie in der Tendenz, die libertas und die natura hominis zum Stützpunkte der Verknüpfung des Rechtes mit dem Individuum zu erheben.

## § 6.

### Die Tendenz der durch das ius gentium, das practische ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung.

In der so reichhaltigen Entwickelung, welche die römische Rechtsgeschichte dem Auge darbietet, treten nach § 5 zwei verschiedene, scharf begränzte Strömungen zu Tage.

Zunächst während in der einen Richtung das alte ius civile Romanorum mit seiner Grundordnung hervortritt, an die civitas romana die Theilnahme an seinen Satzungen und Institutionen anzuknüpfen, so sucht und gewinnt das ius gentium solchen Anknüpfungspunkt in der libertas und das ius naturale wieder in der natura hominis selbst. In diesem Bestreben aber, den freien Menschen oder auch den Menschen als solchen zur Person des Privatrechtes zu erheben, und so nun demselben die Gleichstellung, wie Gleichberechtigung vor dem Gesetze zu gewähren, offenbart sich ebensowohl eine humanistische Idee: die Anforderung auf Anerkennung der Menschenwürde selbst, welche am Reinsten und Schärfsten in dem practischen ius naturale hervortritt, wie aber auch eine specifisch rechtshistorische Tendenz: der Zug, das Recht in seiner Beziehung zu dem dadurch beherrschten Individuum zu denationalisiren: an Stelle seiner altüberlieferten subjectiv nationalen Haltung eine anationale Geltung und damit eine kosmopolitische Wirkungssphäre zu setzen und so nun insbesondere die Bewegungen und Lebensverhältnisse der bürgerlichen Gesellschaft, wie der Familie unter Normen zu stellen, deren Herrschaft über das Individuum völlig unabhängig ist von dessen nationaler oder staatlicher Zubehörigkeit. Und diese Tendenz manifestirt sich auf das Deutlichste ebenso in der Wesenbestimmung des ius gentium

selbst als ius commune omnium [liberorum] hominum, wie aber auch in der Qualificirung desselben theils als eines ius naturale, quod naturalis ratio inter omnes homines constituit, theils als eines ius, quod apud omnes populos peraeque custoditur (Thl. I § 85), und zwar namentlich in der letzteren Beziehung um so deutlicher, als die Verkehrtheit solcher Bestimmung ebenso an den bezüglichen Rechtsinstituten, wie auch daran völlig evident ward, daß der Apolid, obgleich keinem populus angehörig, dennoch in Wirklichkeit Theilnehmer des ius gentium war (Thl. I § 84. II § 107. III A. 1791).

Solche Denationalisirung an sich aber des Privatrechtes entspricht durchaus einem Bedürfnisse und Erfordernisse des Lebensverkehres selbst. Denn indem vollkommen selbstständig neben dem Staatswesen und als davon völlig verschiedene Lebenskreise die bürgerliche Gesellschaft, wie die Familie stehen, Beide gewisse Gruppen von Individuum um den Mittelpunkt gemeinsamer Interessen zu einem einigen Ganzen zusammenschließend, und Beide nun auch außerhalb des Rechtes von ureigenen und immanenten, durchaus spontanen Gesetzen in ihren Bewegungen und Beziehungen geregelt: ebenso von dem Gesetze der bürgerlichen Sitte und der Moral, wie resp. von nationalöconomischen oder von reinen Naturgesetzen; indem sodann die Zubehörigkeit zu beiden Kreisen an und für sich durchaus unabhängig sich stellt von der Nationalität des Individuum; so ergiebt nun solcher a priori gegebene d. h. von dem Rechte selbst bereits vorgefundene Sachverhalt nach dem Gesetze des zureichenden Grundes in Wahrheit die Anforderung, daß das Recht diejenige Gruppe seiner Satzungen, welche ex professo den Interessen und Bedürfnissen der bürgerlichen Gesellschaft und Familie zu dienen berufen sind, das Privatrecht somit und in secundärer Weise auch das Criminalrecht in Unabhängigkeit stelle von dem subjectiven Erfordernisse eines bestimmten Staatsbürgerrechtes, vielmehr die Theilnahme an jenen Satzungen auch jedem Mitgliede der bürgerlichen Gesellschaft, wie der Familie erschließe.

Dieser Anforderung an sich konnte allerdings nun das früheste Alterthum sich nicht bewußt werden. Denn indem hier in Folge der äußeren Abschließung der Völker gegen einander die Staatsgenossenschaft und die bürgerliche Gesellschaft thatsächlich fast sich

deckten, so konnte um so weniger auch die theoretische Verschiedenheit beider Kreise der Erkenntniß oder Würdigung jener Zeiten sich erschließen. Und indem somit als bürgerliche Gesellschaft innerhalb des römischen Gebietes fast allein die römische Bürgerschaft auftrat und erfaßt ward, so ergab sich hieraus ganz von selbst als Folge, daß auch das Privatrecht, wenn gleich berufen, den Interessen der bürgerlichen Gesellschaft zu dienen, doch zum Schutze der civitas Romana allein berufen ward.

Erst von dem Zeitpunkte ab, wo in höherer Maaße jene äußere Abschließung der Völker gegen einander fiel, ward die Thatsache wahrnehmbar, wie doch in Wahrheit die bürgerliche Gesellschaft und weiterhin auch die Familie aus noch anderen Elementen sich zusammensetzte als die Bürgerschaft, und konnte nun demgemäß auch das Privatrecht aus jener gegebenen unnatürlichen Verbindung mit der civitas Romana erlöst werden. Und während nun jene Wahrnehmung an sich ihren Ausdruck gewann in der Bezeichnung der bürgerlichen Gesellschaft als societas humana, welche als die weitere Genossenschaft neben der civitas Romana, als der societas civium erfaßt ward,[62]) so vollzog sich wiederum diese Ablösung des Privatrechtes von der civitas Romana, wie bemerkt, in dem privatrechtlichen ius gentium, sowie weiterhin auch in dem practischen ius naturale.

Sonach aber ist anzuerkennen, daß jene Denationalisirung des römischen Privatrechtes, wie solche in subjectiver Beziehung: gegenüber dem Individuum sich vollzog, in der That einem objectiv wahren und absoluten Gesetze des Lebensverkehres und der Lebensordnungen entspricht.

Sodann in der anderen Richtung stößt jene jüngere Strömung auf das alte ius civile Romanorum als einem strictum ius. Und zwar begründet sich solche Qualificirung jenes älteren Rechtes durch gewisse von demselben adoptirte eigenthümliche Maximen in Gestaltung der Rechtsnormen, die selbst wiederum auf gewissen historisch gegebenen theils institutionellen, theils intuitiven Voraussetzungen beruhen und welche nun, in späteren Jahrhunderten

62) Thl. I § 46. 48. und namentlich A. 348. Wegen societas civium vgl. noch Enn. Thyest. bei Cic. de Off. I, 8, 26: nulla sancta societas nec fides regni erat.

in Wegfall gelangt, diesen jüngeren Zeiten jenen Character des alten Rechtes als strictum ergeben.

Und zwar, was jene historischen Voraussetzungen betrifft, so war, wie in Thl. III § 43. 44. 104. 105 dargelegt, in den frühesten Zeiten vor Allem die Sphäre, wie der Pflichtengehalt des geschäftlichen Rechtsverkehres in scharfem Gegensatze abgegränzt von Sphäre, wie Pflichtengehalt des rein socialen Lebensverkehres, indem dort die iustitia sammt dem iudicium iudicis, hier die fides, die aequitas und die pietas, wie das boni viri arbitrium das ethische Gesetz für das Verhalten ergaben, während wiederum dem ius selbst lediglich die Function eines nur subsidären und freigewählten, berufsmäßig den höchsten Grad von Sicherheit darbietenden Regulators für den Geschäftsverkehr zufiel, dagegen das Gesetz der mores mit seiner Anforderung an die Gewissenhaftigkeit des Interessenten regelmäßig nur gegenüber den dem Rechte gar nicht unterfallenden Verhältnissen eingriff. Und sodann wiederum war das Richteramt besetzt mit Männern, die selbst einer fachmäßigen juristischen Schulung entbehrend, wie auch ohne den Beirath von Fachjuristen entscheidend, lediglich befähigt waren, einen nur in wenigen und einfachen Geschäftsproportionen sich bewegenden Rechtsverkehr zu beherrschen und nur solche Rechtsfragen zu entscheiden, bei denen das Urtheil mit einfachen und gemeinverständlichen Rechtssätzen operirte, die thatbeständlichen Momente des Falles selbst einfach und klar lagen, somit die Entscheidung an sich in gewissem Grade durchaus einfach und sicher war (Thl. III § 144).

Beiderlei Voraussetzungen aber bedingten eine solche Gestaltung der Rechtssätze, daß dieselben den höchst möglichen Grad an Einfachheit und objectiver Gewißheit für den Verkehrenden selbst, wie für den Richter nun auch darboten, namentlich aber den den Zweifel ergebenden subjectiv thatbeständlichen Momenten die Beachtlichkeit Rechtens versagten, vielmehr lediglich an den objectiven Thatbestand der geschäftlichen Verkehrsverhältnisse ihre Dispositionen anknüpften. Und diesen Anforderungen entsprachen in der That die verbi ratio, als die Maxime, bei Rechtsacten ebenso die Willenserklärung an das solenne Wort zu binden, wie auch in dem letzteren das allein maaßgebende Element des Willensactes anzuerkennen; sodann die ratio temeritatis litigii,

als die Maxime, in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechts-Verhältnissen den schädigenden Thatbestand als Proceß-delict zu behandeln: an Stelle des Schadenersatzes vielmehr einen Procentsatz vom pretium rei litigiosae als Strafe mit Schaden vergütender Function zu setzen und die Verbindlichkeit zu solcher Strafleistung mit dem objectiven Thatbestande gewisser ungerechtfertigter Anwendung von Rechtsmitteln zu verknüpfen; wie endlich die iudicii ratio, als die Maxime, das officium iudicis auf die nackte Subsumtion des Rechtsfalles unter das Gesetz zu beschränken, somit also die Aufgabe des Proceßrichters als Ertheilung eines präjudicialen Entscheides über Recht- oder Unrecht-haben an sich der Partheien zu bestimmen.

Und sodann wiederum war nach Thl. III § 155 in der ältesten Staatsverfassung einem zwiefachen Verwandtschaftskreise eine sehr bedeutungsvolle Stellung als corporativer Organe und namentlich als Träger politischer, wie sacraler Functionen angewiesen: der domus familiaque, als der Familie, und der gens oder dem Geschlechte, als der Gesammtheit verwandter Familien. Und indem dort der paterfamilias als das Familienhaupt eine durchaus autokratische Stellung einnahm und in seiner Person die wichtigsten staats- wie privatrechtlichen, sacralen wie socialen Functionen vereinigte: ebenso als Priester, wie als Criminal-, Civil- und Sitten-Richter, und als Hausherr, wie als Familienvater, so mußte nun auch die Unterwerfung unter diese souveräne und nur durch das regimen morum controlirte Machtfülle strict auf den Kreis der Hausangehörigen selbst, wie insbesondere derer beschränkt werden, welche frei waren von einer Unterordnung unter die collidirende Gewalt eines anderen paterfamilias.

Und diese Voraussetzung ergab wiederum die ratio cognationis civilis, als der Maxime, den juristischen Familien- oder Verwandten-Kreis in strengster Ausschließlichkeit auf die nach dem androkratischen Systeme verwandten und zugleich in iustae nuptiae erzeugten Personen allein zu beschränken, darüber hinaus aber lediglich gewissen solennen Rechtsacten noch die Bedeutung als Begründungsweisen solcher Verwandtschaft beizumessen, andrerseits aber wiederum die cap. deminutio mit einem dieselbe zerstörenden Effecte zu bekleiden.

Mit dem sechsten Jahrhundert d. St. beginnt nun für Rom

eine neue culturhistorische Epoche: der commercielle Verkehr erhebt sich zu einem ganz neuen Factor des wirthschaftlichen Lebens der Nation, indem der Waarenumsatz sich steigert, das Verkehrsgebiet sich erweitert, der geschäftliche Verkehr selbst reger und schwunghafter sich gestaltet, die bis dahin einfachen und an Zahl beschränkten wirthschaftlichen Verkehrsproportionen sich compliciren, wie vervielfältigen; und Hand in Hand hiermit vollzieht sich allmählig ein tiefgreifender Wandel von Sitte und Lebensgewohnheit, von Anschauungen und Maximen des Verhaltens, von Gesinnung und Character (Thl. II § 72 fg. III § 53. 123), wie aber auch ein Wandel des Familienlebens, wie der Familienstellung, durch welchen namentlich auch die alte Hausherrlichkeit des paterfamilias in ihrem innern Wesen berührt und verändert wird, während gleichzeitig wiederum neben der Familie selbst die Sippe, die bereits frühzeitig in den rein socialen Lebensbeziehungen Anerkennung und Beachtung erlangt hatte, mehr und mehr an Geltung in den Augen des Volkes gewinnt (Thl. III § 155).

Diesen neuen Verhältnissen und Anschauungen, wie den damit zu Tage tretenden neuen Anforderungen und Bedürfnissen gegenüber konnte nun aber das überlieferte Recht mit den absonderlichen Principien, welche seine Ordnungen beherrschten, nicht mehr genügen und als angemessen erschienen: es stellte sich diesen jüngeren Zeiten in dem Lichte eines rigor, wie strictum dar, dem nun ein aequum et bonum, als das den jüngeren Zeitanschauungen Entsprechende und Angemessene und als Träger ganz neuer, dem rigor direct entgegenstehender Principien gegenübertrat. Und indem so nun allmählig eine neue und andersartige Rechtsbildung sich entwickelte, so gelangten in und mit dieser zugleich jene thatbeständlichen Verhältnisse in Wegfall, welche gleich als gegebene Voraussetzungen die historischen Stützpunkte für das strictum ius geboten hatten: einestheils, indem das Recht mehr und mehr das bisher den mores allein überlassene Gebiet seinen Satzungen unterstellte, trat dasselbe aus seiner bisherigen subsidiären Stellung gegenüber dem Lebensverkehre heraus und erhob sich zum primären Regulator von solchem, während gleichzeitig auch wiederum die fides, aequitas und pietas, wie das boni viri arbitrium in ihrer Bezüglichkeit zu den ihnen früher unterworfenen Verhält-

nissen belassen wurden und so nun als eigene Anforderungen an das Verhalten neben die iustitia in den Kreis der von dem Rechte getragenen ethischen Postulate hereintraten (Thl. III A. 398. 1313. 1837. § 113 a. E.); und anderntheils wiederum umgab sich nunmehr der iudex erforderlichen Falles mit einem rechtsgelehrten consilium (Thl. III A. 1764), dessen Beirath ihn befähigte, auch theoretisch schwierigere und practisch heikelere Streitfragen zu entscheiden. Und was endlich die alte Familie wiederum betrifft, so verlor diese in Folge der im Staatsleben, wie in den Rechtsordnungen eintretenden Wandlungen mehr und mehr an ihrer alten staatsrechtlichen Bedeutung und Wichtigkeit.

Die jüngeren Principien selbst aber, welche in Folge jener historischen Veränderungen in diesem jüngeren Rechte zur Geltung gelangten, sind zunächst die voluntatis ratio, als die Maxime, bei Rechtsacten ebenso für die Willenserklärung jede gemeinverständliche Kundgebung des Gedankens frei zu geben, wie auch die Willensbestimmung als das allein maaßgebende Element des Willensactes anzuerkennen; dann die damni ratio, als die Maxime, in Contracts-, Quasicontracts- und dinglichen Rechtsverhältnissen ebenso mit der verschuldeten ungerechtfertigten Schädigung des Anderen für den Schädiger die Verpflichtung zu einer in concreto zu bemessenden Ersatzleistung, wie mit der ungerechtfertigten Bereicherung für den Bereicherten die Verpflichtung zu deren Restitution an den Benachtheiligten zu verknüpfen; nicht minder die sanguinis ratio, als die Maxime, den Familien- und Verwandtenkreis ebensowohl auf ein zugleich andro-, wie gynäko-kratisches System, wie aber auch auf die Ehe an sich und die Affinität zu stützen; wie endlich die arbitrii ratio, als die Maxime, dem officium iudicis die Entscheidung über den öconomischen Gehalt der streitigen Befugnisse und Verbindlichkeiten zu unterstellen, somit der Aufgabe des Proceßrichters ein meritorisches Urtheil wegen Recht- oder Unrechthaben der Partheien zu überweisen.

Diese jüngeren Principien aber contrastiren von denen des rigor nicht bloß substantiell, sondern auch qualitativ. Denn jene Principien des rigor stützen sich nirgends auf objective, unabhängig neben dem Rechte stehende, höhere Gesetze und Ordnungen und beruhen somit, solchen höheren Rechtfertigungsgrundes bar, wenn auch gewissen historischen Voraussetzungen entsprechend,

einzig und allein auf dem Machtspruche der Gesetzgebung: sie sind durchaus rein positiver Natur und drücken so dem ältesten Rechte den Stempel völlig nationaler Färbung und Haltung auf. Dahingegen diese Principien der aequitas, wie sehr immer auch das Kind ihrer Zeiten und abhängig von der Volksanschauung, wie von den Gestaltungen des Verkehres, gewinnen dennoch eine Basis, welche, über das rein legislative Machtgebot hinausliegend, in gewissen objectiven und absoluten Gesetzen gegeben ist, die selbst in völligster Unabhängigkeit selbstständig neben dem Rechtsgesetze stehen. Denn so stützt die voluntatis ratio sich auf die menschliche Organisation selbst und das darin gegebene Gesetz des zureichenden Grundes: denn „indem in dem Gegensatze der beiden Elemente: der Willensbestimmung und der Willensäußerung die Erstere, als der Denkgehalt, das geistige Element im juristischen Wollen vertritt, während die Letztere, als die Aeußerungsform des Gedankens nur dessen Träger oder Körper ist, so wird auf Grund dieser Prämissen die Reflexion der Willensbestimmung einen höheren Eigenwerth beimessen, somit aber lediglich durch dasjenige Princip voll und wahr sich befriedigt fühlen, welches Jener, als dem Kinde des Geistes den Vorrang vor dem Sprößling der Lippe einräumt" (Thl. III, 260). Dann wiederum die damni ratio gewinnt ein tieferes Fundament ebenso in psychischen, wie in volkswirthschaftlichen Gesetzen, denen sie die Stützpunkte ihrer Ordnungen entnimmt: dort z. B. in der Differenziirung ihrer Satzungen je nach Vorsatz, Fahrlässigkeit, Zufall und dergl., hier aber in der Zurückführung ihrer Ordnung auf oeconomische Begriffe, wie z. B. damnum und locupletiorem fieri, causa des Erwerbmodus und dergl. (Thl. III § 123. 141). Nicht minder die sanguinis ratio vertritt das Naturgesetz der Blutsverwandtschaft, während wiederum die arbitrii ratio ein Formalprincip des Moralgesetzes adoptirt, welches bei dem Urtheile über den concreten Thatbestand die Erwägung der individuellen Beziehungen des Verhältnisses erheischt, ein Princip, dessen vollendetste Anwendung in dem Richterspruche der Gerechtigkeit Gottes geahnt werden darf.

Indem so daher diese Principieu der aequitas auf objectiven, absoluten, höheren Gesetzen fußen, so streift hierin nun das rö-

mische Recht sein nationales Colorit in hohem Grade ab: es gewinnt in jenen Principien den Werth einer absoluten Rechtswahrheit und wird damit anational und kosmopolitisch.

Und so nun tritt in dem ius gentium, ius naturale und aequum et bonum gemeinsam und übereinstimmend die historische Tendenz zu Tage, das römische Recht von der Fessel des Nationalen zu befreien und demselben eine anationale und deshalb zugleich auch kosmopolitische Haltung, wie Gestaltung zu verleihen: in dem ius gentium und ius naturale in subjectiver Beziehung: denn beide denationalisiren das Recht, entsprechend dem absolut wahren Gesetze des zureichenden Grundes; und wiederum in der voluntatis, damni und sanguinis ratio in realer Beziehung: denn dieselben führen das Recht zurück auf absolut wahre Gesetze: auf psychische, physische, wie nationalöconomische Gesetze; endlich in der arbitrii ratio in formaler Beziehung: denn auch diese stützt sich auf höheres Gesetz: auf ein Formalprincip der Moral bei Beurtheilung der concreten Thatbestände. Und indem zugleich mit solcher Tendenz auch die römischen Lebens- und Verkehrs-Verhältnisse selbst in Formen, wie leitenden Grundsätzen den überlieferten, specifisch nationalen Typus abstreiften, mehr und mehr einem weltbürgerlichen Verkehre sich anpassend, so gelangt denn nun in doppeltem Punkte das Anationale im Rechte zur Geltung: theils in den Verhältnissen an sich, welche von dem Rechte normirt werden, theils in den Satzungen, welche die Normen für jene Verhältnisse ergeben.

Allein solche Tendenz ist in Wahrheit nicht lediglich eine historische, sondern zugleich auch eine speculative: der Erkenntniß ihrer Zeiten zum vollen Bewußtsein gelangend. Denn indem das speculative ius naturale als ein ius quod naturalis ratio inter omnes homines constituit in Wahrheit ebenso als Recht der gesammten Menschheit, wie zugleich als Product der naturalis ratio anerkannt und so nun in der natura rerum selbst planmäßig gesucht und gefunden wird (Thl. I § 53 fg.); indem somit dasselbe in seinem Wesen selbst als durchaus anational: als kosmopolitisch, wie objectiv gedacht wird; so ist es nun die von den römischen Juristen ausgesprochene Identifirung jenes speculativen ius naturale mit dem ius gentium, dem practischen ius naturale und

dem aequum et bonum (Thl. I § 56. 60 fg.), in welcher ebenso die Tendenz bestimmend ist, diesen drei jüngeren Rechtmassen jene anationale Haltung zu unterbreiten, wie aber auch die Erkenntniß sich ausspricht, daß solche anationale Haltung in jenen drei Rechtsmassen in der That bereits practisch verwirklicht sei.

Und wie hiermit die in Thl. I S. 2 gestellte Aufgabe ihre Lösung findet: darzulegen, wie die an sich fehlerhafte Verbindung von ius naturale, ius gentium und aequum et bonum „nicht ein unbeachtliches Product willkührlicher Ideencombination sei; sondern daß eben nur die Modalität jener Verknüpfung irrig, dagegen irgend welches andere Centrum gegeben sei, in welchem jene Begriffe in letzter Instanz zusammenlaufen und die zerstörte Einheit mit höherer objectiver Wahrheit sich wieder herstellen läßt"; so offenbart uns andrerseits wiederum das so gewonnene Ergebniß die einige historische Gesammtrichtung, welche in der Zeitströmung der betreffenden Jahrhunderte herrschend hervortritt und damit die oberste, leitende historische Tendenz ergiebt, die das Denken und Empfinden, das Streben und Wirken des betrachteten Zeitraumes erfüllt und so den Volksgeist in seinen Bewegungen bestimmend und zu lebendigem Schaffen im Gebiete des Rechtes anregend, diese Schöpfungen selbst nach ganz bestimmtem Endziele hin leitet.

## § 7.

### Die Motive der durch das ius gentium, das practische ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung.

Die gesammte Entwickelung des römischen Rechtes wird von dem schroffsten Zwiespalte durchsetzt: denn in directestem Gegensatze treten das ius gentium und ius naturale dem ius civile, das aequum et bonum dem strictum ius gegenüber. In diesem durchaus abnormen Verhältnisse liegt aber die Abnormität durchaus auf Seiten des ius gentium, naturale und aequum et bonum: denn diese sind es, die jenen tiefen und grundsätzlichen Zwiespalt in das Recht ohne vermittelnden Uebergang hineintragen, und sie wiederum sind es zugleich, die in dem hervorgerufenen Kampfe endgültig den Kampfplatz behaupten.

Die Motive an sich für die Entstehung, wie für den Ausgang jenes Kampfes sind rein historischer Natur und so nun bereits in

§ 6, wie in Thl. I § 4, 44 fg., Thl. II § 71, 80 fg., Thl. III § 53, 122 in den betreffenden Beziehungen zur Geltung gebracht.

In diesem historischen Processe selbst aber haben wir einen mindestens vorbereitenden Einfluß auf jenen gesammten Entwickelungsproceß bereits dem Kampfe der Stände beizumessen. Denn wenn immer auch solcher nach ganz anderen Richtungen und Zielpunkten sich bewegte, so ist doch derselbe in seinem Ergebnisse: dem Eintritte der Plebejer in die Magistratur und das Priesterthum, wie der Anerkennung des legislativen Hoheitsrechtes der Tributcomitien vom entscheidendsten Einflusse auf die spätere Gestaltung des Rechtes geworden. Denn von dem Momente an, wo ein Ti. Coruncanius als plebeischer pontifex maximus „primus ius publice professus est," und wo die Plebejer Cn. Flavius und Sex. Aelius mit ihren litterarischen Publicationen hervortraten, wird die Jurisprudenz von den Fesseln patricischer Familientradition und althergebrachter Manier mehr und mehr befreit; und indem so das Recht selbst an freier Auffassung und Behandlung gewann[62a]), so errangen diese freieren Anschauungen zu der nämlichen Zeit auch Anerkennung und Geltung durch zahlreiche Plebiscite, so durch die lex Calpurnia, Aquilia und Plaetoria u. a., vor Allem aber durch die lex Aebutia.

Und ein ähnlicher Vorgang wiederholt sich in entsprechendem Verlaufe, indem nach und nach die sämmtlichen italischen socii in die römische Civität eintreten: denn auch hiermit werden neue Anschauungen und Maximen dem römischen Rechte zugeführt und das alte Herkommen an Institution, wie an Lehrmeinung erschüttert.

Allein der entscheidende Moment liegt vor Allem in der innigen, ausgedehnten, wie andauernden Berührung, in welche die Römer mit ferneren und fremderen Völkern treten: ebenso durch Handel, wie durch Eroberung, ebenso durch Vordringen nach fremden Landen, wie durch Einströmen von Peregrinen nach Rom. Und indem so die Römer den punischen Westen, wie den griechischen Osten sich unterwerfen, und in Syrien die ächt asiatische Welt berühren; indem sie so die Gestade des mare internum in ihrer Herrschaft zusammenfassen und jene alte Handelsstraße:

---

62a) Vgl. Voigt, das Aelius- und Sabinus-System § 2.

den Verkehrsweg zwischen Occident und Orient, die Verbindung zwischen Europa, Africa und Asien zu ihrem „mare nostrum“ gestalten; indem sie so hineintreten in die Bahnen und in die Welt des Hellenismus mit seinen kosmopolitischen Anschauungen, Sitten und Einrichtungen; da nun beginnt jene tiefgreifende Umwandelung des alten Römerthumes, welche, ausgehend von der Einwirkung jenes hellenistischen Cultur-Elementes, die nationalen Schranken der Institutionen, wie die nationale Beschränktheit der Anschauungen ergreift und vernichtet (Thl. II § 80 fg.).

Zugleich vermittelt aber auch der Eintritt in jene Welt die Bekanntschaft der Römer mit den tiefsinnigen Speculationen der griechischen Philosophie. Und wie nun der sublimste Gedanke des philosophischen Denkers, wenn zeitgemäß, allmählig in die Ideensphäre niederer Kreise herabsinkt; wie hiermit das Abstracte des Gedankens sich wandelt und zu concreterer Vorstellung sich verdichtet; wie so das Philosophische der Idee mit niederem und gröberem Gedankenstoffe sich verbindet und mischt; wie aber andererseits auch wiederum in solcher Wandelung, wie Verbindung der philosophische Lehrsatz seine befruchtende Kraft für das Leben selbst gewinnt und hier einestheils ganz neue Ideenverbindungen erzeugt, veränderten Auffassungen Bahn bricht, ja den gesammten Horizont nationaler Anschauung erweitert, anderntheils aber auch eine Verwendung im Dienste der practischen Interessen erfährt; so nun hat auch die griechische Philosophie im Allgemeinen die römische Volksanschauung von der ererbten nationalen Beschränktheit befreit und wahrhaft kosmopolitischen Anschauungen Eingang eröffnet. Denn so gipfelte, nach Plut. de Alex. fort. I, 6 Zeno's Politik in dem Grundgedanken, daß wir nicht nach Staaten getrennt unser Leben führen sollen, der Eine von dem Anderen durch je sein eigenes ius civile geschieden, sondern daß wir alle Menschen für unsere Volksgenossen und Mitbürger ansehen und Ein Leben und Eine Satzung Aller sei, wie der auf gemeinsamer Trift nach gleichem Gesetze weidenden Heerde.

Im Besonderen aber gab die griechische Philosophie den Anstoß zu jener Ideenbewegung, aus welcher das ius naturale zwar als speculatives Gebilde, aber doch auch wieder im Dienste jener practischen Speculation hervorging, welche den gegebenen Lehr-

begriff im Interesse einer völlig anationalen Neugestaltung des Rechtes zu verwerthen strebte, indem sie aus der Erforschung höherer und objectiver Gesetze den Stoff für die Rechtssatzungen gewann und ableitete (Thl. I § 44 fg.).

Ja endlich nimmt wiederum von jenem ius naturale der so kühn angelegte Gedanke eines ius, quod natura omnia animalia docuit seinen Ausgang, ein Lehrbegriff, der nicht allein die Anerkennung der Menschenwürde im Sclaven aussprach, sondern auch die Gleichstellung aller Menschen vor dem Gesetze als seine letzte Consequenz in sich trug.

Hand in Hand wiederum mit jener Richtung und Bewegung des Denkens geht innerhalb des Religiösen die monotheistische Idee. Denn der Mensch, von Vorn herein durch Lebensweise, Sitte und Erwerbsbetrieb auf die Natur, als die spendende und ernährende Mutter hingewiesen und so nun in deren Betrachten, Durchdringen, Erkennen sich vertiefend, in seinem Sinnen, wie Empfinden auf das Innigste dieselbe umfassend, entnimmt aus den hier gefundenen Anschauungen und Vorstellungen das erste Bild seiner Götter: ihrer Macht und ihres Waltens. Und indem die in der Natur sich offenbarenden gesetzvollen Erscheinungen als das Ergebniß des Wirkens, ja als das Wesen selbst von Göttern erfaßt werden, so ist das Gesammtergebniß solcher Betrachtung die polytheistische Gottesidee. Mit dem Entschwinden solcher Naivität des Schauens, Empfindens und Denkens verliert jedoch diese Auffassung der Gottheit ihre Verbindung und Grundlage. Und indem so die einst gefürchteten Götter in Trugbilder eines kindlichen Wahnes zerfließen, so gelangt nun die Idee des Monotheismus und damit zugleich eines allen Völkern gemeinsamen Gottes zur Geltung [63]). Und wie nun bereits in der griechischen Philosophie Alles mit steigender Gewalt auf jene monotheistische Idee hindrängt, so gewinnt endlich dieselbe in dem Neoplatonismus ihre Verwendung als Glaubenssatzung der Massen. Dann wiederum ist es der Orient, der ebenso in dem Jehova, wie auch in der Isis, Cybele, Virgo Coelestis und dem Mithras monothei-

63) Dieses Thema behandelt B. Constant, du polythéisme romain liv. XIV.

stische Göttergestalten den Römern zuführt[64]). Und endlich ist es vor Allem das Christenthum selbst, welches, als Weltreligion auftretend, alle Nationalität in Glauben, wie Cultus beseitigt.

Für die Rechtsgeschichte insbesondere aber gewinnt jene Bewegung der religiösen Idee noch eine ganz eigenthümliche Bedeutung durch die Tendenz, solche Bewegung in die Bahn einer Erforschung jener nämlichen Gesetze zu leiten, welche, in der natura rerum sich offenbarend, den Ausgangs-, wie Stützpunkt für die Theorie vom ius naturale ergaben. Denn gleichwie dieses letztere dem ius civile als dem positiven Rechte gegenübertritt, so wurden dort von Q. Mucius Scaevola Pont. den dii a principibus traditi die dii a philosophis traditi gegenüber gestellt[65]), während Varro auf diese Gegensätze die Bezeichnungen übertrug von theologia φυσική und civilis[66]). Und indem diese Gegenüberstellung, den Stoikern entlehnt[67]), ebenso parallel ist jener des Rechtes,

---

64) Marquardt, röm. Alterth. IV, 94. Boissier, la religion Romaine d'Auguste aux Antonins, tom. I. liv. II. ch. III. fg.

65) Aug. C. D. IV, 27: relatum est in litteras doctissimum pontificem Scaevolam disputasse tria genera tradita deorum: unum a poetis, alterum a philosophis, tertium a principiis civitatis; vgl. Tschirner, Fall des Heidenthums I, 104. Krahner, Gesch. d. Verf. d. röm. Staatsrel. 45 fg. Preller, r. Myth. 31. Die dii a poetis traditi kommen im Obigen nicht in Betracht.

66) Aug. C. D. VI, 5: tria genera theologiae dicit (sc. Varro) esse —: unum μυθικόν, alterum φυσικόν, tertium civile. — Deinde ait: „μυθικόν appellant, quo maxime utuntur poetae; φυσικόν, quo philosophi; civile, quo populi." Die weiteren Belege s. bei Krahner, a. O. 51.

67) Lobeck, Aglaoph. 139. Unsere griechischen Quellen sind Plut. de plac. phil. I, 6 (τὸ εἶδος τὸ φυσικὸν, τὸ μυθικὸν, τὸ τὴν μαρτυρίαν ἐκ τῶν νόμων εἰληφός), wozu vgl. Amator. c. 18. p. 763 C, sowie Euseb. praep. ev. IV. pr. 5: (τὸ τῆς θεολογίας εἶδος τὸ μυθικὸν, τὸ φυσικὸν, τὸ πρὸς τῶν νόμων διεκδικούμενον), wozu vgl. II, 6, 13. V, 3, 3. Die Zurückführung dieser Terminologie von Tschirner, Krahner und Preller auf Qu. Mucius ist zu verwerfen, weil nach Aug. in A. 66 dieselbe dem Letzteren in der That noch fremd war, diesfalls aber bei Plut. unter den τὸν περὶ τῶν θεῶν παραδόντες σεβασμόν nicht mit Krahner die röm. Pontifices verstanden werden dürfen. Allein andrerseits können wiederum Plut. und Euseb. nicht ein Referat aus Varro geben, da bei Euseb. noch nicht die geringste Spur einer Benutzung des Letzteren nachgewiesen ist, während die griechischen Philosophen stark hervortreten, und da sodann bei Plut. ebenso die Gesammt-Ausführung jener Schrift, wie auch deren Eingansworte ergeben, daß unter der hervorgehobenen Bezeichnung nur griechische Philosophen zu verstehen sind. Und

wie durch die nämlichen Personen vermittelt wird, welche zugleich betheiligt sind bei der Reception des ius naturale[68]), so leitet nun dieselbe hier, wie dort auf einen gemeinsamen Ausgangs- und Stützpunkt die Betrachtung hin: auf die φύσις oder natura rerum. Und welche verschiedene Stellung und Verwendung immerhin dieselbe in den verschiedenen philosophischen Systemen gewinnt[69]), so weist doch allenthalben solche natura rerum hin auf eine möglichst objective und von traditioneller oder nationaler Befangenheit frei zu haltende Auffassung der Verhältnisse, ein Moment, der ebenso von den Stoikern, wie von Cicero wohlbewußt in der Contemplation jener natura gewürdigt wird (Thl. I A. 504), wie auch in dem ius naturale in hervorragender Maaße zur Geltung kommt (Thl. I § 53), andererseits aber auch wieder die naturwissenschaftlichen Studien selbst beeinflußt[70]). Und indem so nun der allgemeine Zug des Zeitgeistes zu einer systematischen Betrachtung und Erkenntniß der natura rerum hinleitete, so ward zugleich von hier aus wiederum die Erforschung des ius naturale auf das Machtvollste gefördert und dabei diesem

---

endlich weisen nicht allein die von Varro gebrauchten termini auf griechische Entlehnung hin, sondern derselbe bekundet solches sogar selbst: μυθικόν appellant. Ist aber jene Trichotomie griechischer Provenienz, so kann dieselbe nur auf die Stoiker zurückgeführt werden, da in de plac. phil. I, 6 nur diese wie Plato genannt werden, des Letzteren Schriften aber von solcher Eintheilung nichts enthalten.

68) Daß Qu. Mucius bereits mit der natura operirte, ergiebt Gai. III, 149: contra naturam societatis esse; und Gleiches ergiebt sich für Varro aus dessen Marcip. bei Non. 81, 9: natura humanis omnia sunt paria.

69) Der Gegensatz des νόμῳ oder θέσει und des φύσει tritt in der griechischen Philosophie auch noch zu Tage bei der Frage nach dem Ursprunge der Sprache: Steinthal, Urspr. d. Sprache 2. Aufl. 1, ferner nach dem Ursprunge des Staates: Schömann, gr. Alterth. I, 94 fg., wie nach den Zahlen-Verbindungen und -Verhältnissen: Thl. I, 89.

70) O. Jahn in Ber. d. sächs. Gesch. d. Wiss. Phil. hist. Cl. II, 279: „es ist eine interessante Erscheinung, mit welchem Eifer man sich seit der Kaiserzeit der Naturforschung hingab und die philosophischen und medicinischen Studien mit einander zu vereinigen strebte, wovon eine Reihe literarischer Erscheinungen Zeugniß ablegt, wie man aber auch durch Erforschung der Natur das sittliche Gefühl zu stärken und zu beleben, und namentlich der maaßlosen Ueppigkeit und Verfeinerung durch das Hinweisen auf die einfache Zweckmäßigkeit der Natur entgegenzuwirken suchte."

Theoreme an sich eine um so beifälligere Aufnahme bei den Zeitgenossen, eine um so erfolgsamere Wirksamkeit in der Jurisprudenz gesichert, als ein lebhaft empfundenes Bedürfniß dahin drängte, das Recht nach einer anderen und höheren, wissenschaftlichen Anforderungen entsprechenderen Methode zu behandeln, als solche in der überlieferten traditionellen Manier gegeben war[70a]). Und so daher erschloß sich der Lehre vom ius naturale die Pforte der Rechtswissenschaft, wie Rechtsbildung ohne alles Hinderniß und es errang hier diese Theorie jenen machtvollen, weit- und tiefgreifenden Einfluß, welchen die rechtsgeschichtlichen Entwickelungen der zweiten Periode in reichem Bilde uns vorführen.

Endlich einen mächtigen Hebel der kosmopolitischen Idee und der Abstreifung des Nationalen bildete die Universalität des römischen Reiches und die dadurch geförderte Annäherung und theilweise Verschmelzung der verschiedenen Völker, wie das dadurch getragene nationale Bewußtsein der Herrlichkeit, der Ewigkeit, wie der Universalität der Stadt. Denn, wie in Thl. II § 88 dargelegt, erscheint Rom „in Wahrheit als Beherrscherin der Welt, weil alle Länder, die um das Centrum des orbis terrarum herum sich gruppiren, und alle Völker, die zu einer höheren Civilisation gelangt sind, in Unterthänigkeit sich beugen vor der Machtfülle der ewigen Stadt. Das bürgerliche Leben aber, welches in diesen weiten Grenzen und auf diesen blühenden und gesegneten Gefilden sich bewegte, rief einen wahrhaft kosmopolitischen Verkehr ins Dasein, in dem die ethnisch heterogensten Elemente in bunter Mischung durch einander flossen, verbunden durch gemeinsames Streben nach Gewinn und Genuß und durch Familienbande allseitig verschmelzend."

„In diesem kosmopolitischen Verkehre aber bewerkstelligt sich jene Annäherung und theilweise Verschmelzung der gegebenen Culturspähren, wie wir solche in Thl. II § 80 fg. beobachteten: der Hellenismus gewann einen gewichtvoll bestimmenden Einfluß auf das alte Römerthum, und indem aus solcher Verbindung ein neues Culturprincip, der Romanismus hervorgeht, so sucht und findet nun derselben neue Stützpunkte und Träger in den nördlichen, wie westlichen Provinzen, während andrerseits wiederum

70a) Vgl. Voigt, das Aelius- und Sabinus-System § 3.

seinen Einflüssen auch der hellenistische Orient mannichfach sich erschließt."

Und je lebhafter nun der schroffe Contrast empfunden ward, der in den naturgegebenen Bedingungen, wie in den politischen und socialen Verhältnissen zwischen dem römischen Reiche und den dasselbe begrenzenden Ländern hervortrat [71]), um so mehr würdigte man die Herrlichkeit des Reiches, wie die Segnungen, die dasselbe in so reicher Fülle seinen Bürgern spendete, Beides in der Vorstellung der Pax Romana verbindend [72]). Und indem ebenso geschichtlich, wie für Staatsleben und bürgerlichen Verkehr als das Centrum jenes machtvollen Reiches Rom selbst als die Urbs hervortrat, gefeiert von der Dichtung, umwoben von der Sage, umstrahlt von dem Glanze bewundernswerthester Thaten, da wendete der Polytheismus seine Gottesverehrung auch der Dea Roma zu [73]), wie der darin vertretenen Fortuna Populi

---

71) Sen de Prov. 4, 14: omnes considera gentes, in quibus romana pax desinit, Germanos dico et quicquid circa Istrum vagarum gentium occursat: perpetua illos hiems, triste coelum premit, maligne solum sterile sustentat, imbrem culmo aut fronde defendunt, super durata glacie stagna persultant, in alimentum feras captant; u. dergl. m.

72) Plin. H. N. XXVII, 1, 3: immensa romanae pacis maiestate — homines — diversos inter se terris gentibusque ostentante; Sen. de Prov. 1, 14 (A. 71), ad Pol. 15, 1. de Clem. I. 1, 2. 4, 2. 8, 2. Tac. Ann. XII, 29. 33. Lucan. VII, 94. Vopisc. Prob. 20: ubique pax, ubique romanae leges, ubique iudices nostri; Arrian. Epict. III, 22: ἄν τίς σε δαίρῃ, κραύγαζε στὰς ἐν τῷ μέσῳ, ὦ Καῖσαρ, ἐν τῇ σῇ εἰρήνῃ οἷα πάσχω. Vgl. Ruhnken ad Vell. Pat. II, 131. Gronov. ad Tac. XII, 33. Cort. ad Lucan. cit. Im Uebrigen vgl. die Citate im Thl. II § 88.

73) C. J. Gr. 4039: Γαλατῶν [τ]ὸ [κοινὸν ἱε]ρασάμενον θεῷ Σεβαστῷ (i. e. Augusto) καὶ θεᾷ Ῥώμῃ· 4266 b: ἱερατεύσας θεᾶς Ῥώ[μ]ης· III Add. 4366 i[2]: ἱερεὺς θεᾶς Ῥώμης· Wilmanns, J. L. no. 1619. Rutil. Namat. Itin. I, 79: te, dea, te celebrat romanus ubique recessus; wegen des Cultus der Ῥώμη auf Rhodus vgl. Ross, Inscr. III, 30, im Allgemeinen Lips. zu Tac. Ann. IV, 56. Preller, r. Myth. 705 fg. Dann auch: βασιλεὺς Ῥώμη: C. J. Gr. 5909. 5910. Endlich die Citate in Thl. II § 88. 114, sowie Hor. Carm. saec. 9 fg.: alme Sol, — possis nihil urbe Roma visere maius; Ov. Fast. IV, 831 fg.: longe sit huic (sc. Romae) aetas dominaeque potentia terrae sitque sub hac oriens occiduusque dies; Amm. Marc. XIV, 6: per omnes —, quotquot sunt partes terrarum, ut domina suspicitur (sc. Urbs) et regina et ubique Patrum reverenda cum auctoritate canities populique romani nomen circumspectum et verecundum.

Romani[74]), als einer Gottheit von unendlich höherer Realität und Bedeutung, als solche der alten Τύχη hellenistischer Städte einst zukam[75]), und als einer Figur, welche mit wahrer Heiligkeit von der bewundernden Mitwelt umgeben und der selbst von dem späteren Christenthum des Epitheton der sacra, sacratissima nicht versagt ward[76]). Und wenn auch inmitten solcher Vergötterung von christlicher Seite warnende und ermahnende Stimmen ertönten, welche in ernster und erhabener Weise den einstigen Fall der babylonischen Hure verkündeten, gleich jenem jüngsten Gerichte, das über Sodom und Gomorrha daeinst erging, so verhallte doch solche Mahnung unbeachtet[77]) gegenüber dem unerschütterlichen Glauben an die Ewigkeit der ewigen Stadt[78]).

Mit solchem Glauben aber verband sich zugleich das Bewußtsein von der wahren Universalität des Reiches: der Staat, der den orbis terrarum in Wirklichkeit umspannte, er galt als das Reich der gesammten Menschheit, das genus humanum in Allem umschließend, was Anspruch auf Gesittung und Bildung erheben durfte:

Liv. XXXVI, 17, 15: quid deinde aberit, quin ab Gadibus ad mare rubrum Oceano finis terminemus, qui orbem

74) Vgl. Preller, r. Myth. 555. Bernhardy, r. Litt. A. 1. Fortuna imperii: Tac. Hist. III, 49. IV, 57.

75) Preller, gr. Myth. I, 337. Völlig unterschätzt ist die Dea Roma von Demf. r. Myth. 705: es bot dieselbe dem Glauben einen ganz anderen Stützpunkt, als die Τύχαι der Provinzialstädte, wie in dem Cod. Theod. (A. 76) deutlichst genug reflectirt.

76) S. die zahlreichen Belege bei Gothofr. topogr. Cod. Th. p. 121, Wilmanns, l. c. II, 454 und dazu Valent. et Marc. in Nov. Val. XXXV, 1. pr. § 1. Eine Abschwächung liegt in dem Prädicate veneranda, venerabilis, worüber vgl. Gothofr. cit.

77) Es sind nur vereinzelte Stimmen tiefer blickender Heiden, die solche Meinung theilen, und welche überschätzt werden von Lasaulx, Untergang des Hellenismus 41.

78) Liv. IV, 4, 4: in aeternum urbe condita, in immensum crescente — iura gentium hominumque instituantur (eine Sentenz, deren Tragweite Weissenborn unterschätzt); XXVIII, 28, 11: ne istuc Juppiter Optimus Maximus sirit, Urbem auspicato deis auctoribus in aeternum conditam huic fragili et mortali corpori aequalem esse; Tibull. II, 5, 23. Amm. Marc. XIV, 6. Symm. Ep. III, 55. und die zahlreichen Citate bei Gothofr. cit. p. 121, Wilmanns, l. c. II, 454 und dazu Valent. et Marc. in Nov. Val. XXXV, 1. § 9; vgl. auch Preller, r. Myth. 707 A. 4, der mit Unrecht erst der Zeit Hadrians das Aufkommen der Bezeichnung von Roma aeterna zuweist.

terrarum amplexu finit et omne genus humanum secundum deos nomen romanum veneretur?

Suet. Cal. 13: populum romanum vel dicam hominum genus voti compotem fecit;

Plin. H. N. III, 5, 39: terra (sc. italica), omnium terrarum alumna eadem et parens, numine deum electa, quae —
— una cunctarum gentium in toto orbe patria fieret;

Flor. praef. 2: ita late per orbem terrarum arma circumtulit (sc. Augustus), ut qui res illius legunt non unius populi, sed generis humani facta condiscant; II, 13, 43: Philippicis campis Urbis, imperii, generis humani fata commissa sunt; 14, 8: tum romanae dominationis id est humani generis conversione — — omne imperii corpus agitatum est[79]).

Und indem so nun das römische Recht zu der Würde und Bedeutung eines Gesetzes für die gesammte Menschheit sich erhob[80]), so ergab zugleich jener gesammte Vorstellungskreis die Impulse, solches Recht jener Aufgabe entsprechend selbst zu einer anationalen und kosmopolitischen Haltung durchzubilden.

Und so treten nun auch die Einwirkungen aller der obigen historischen Factoren auf die römische Nationalanschauung in den zahlreichsten Kundgebungen zu Tage: vor Allem in der merkwürdigen Lehre von der societas hominum (Thl. I § 46); dann aber auch in zahlreichen Sentenzen, deren bemerkenswertheste sich finden bei

Cic. de Off. I, 7, 22: quoniam homines — hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se alius alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi communes utilates in medium afferre mutatione officiorum dando, accipiendo, tum artibus, tum opera, tum facul-

---

79) Im Uebrigen vgl. die Citate in Thl. II A. 790, wozu vgl. wegen γῆς καὶ θαλάσσης δεσπότης noch C. J. Gr. no. 2264a. Annali dell' Instit. 1864. XXXVI, 100 (Carac.); C. J. Gr. no. 2181. Hermes 1872. VII, 34 (Sept. Sev.); Le Bas, Inscr. no. 147 c (Gord. III); sowie Tac. Ann. III, 59: rector generis humani; Symm. Ep. III, 74: princeps humani generis. Dann ferner die Citate das. A. 954. 955, sowie Laurent, hist. du droit des gens III, 379.

80) Liv. IV, 4, 4 in A. 78. Ov. Met. XV, 832 fg. in Thl. II, 682, sowie die Citate das. § 114.

tatibus devincire hominum inter homines societatem; III, 5, 25: magis est secundum naturam pro omnibus gentibus, si fieri possit, conservandis aut iuvandis maximos labores molestiasque suscipere imitantem Herculem illum, quem hominum fama beneficiorum memor in concilio caelestium collocavit, quam vivere in solitudine non modo sine ullis molestiis, sed etiam in maximis voluptatibus abundantem omnibus copiis, ut excellas etiam pulcritudine et viribus;

wie bei Sen. Ep. 95, 52: omne hoc, quod vides, quo divina atque humana conclusa sunt, unum est: membra sumus corporis magni. Natura nos cognatos edidit, cum ex isdem et in eadem gigneret: haec nobis amorem indidit mutuum et sociabiles fecit; illa aequum iustumque composuit; ad Seren. 3, 5: hoc nempe ab homine exigitur, ut prosit hominibus: si fieri potest, multis, si minus, paucis, si minus, proximis, si minus, sibi. Nam cum se utilem ceteris efficit, commune agit negotium.

Was aber insbesondere die Auffassung von der Stellung des Sclaven betrifft, so wird die Anerkennung des Letzteren als Mensch (§ 2) mehr und mehr in dem Sinne zur Geltung gebracht, daraus den Anspruch auf Anerkennung der Menschenwürde sammt allen hierin belegenen Consequenzen auch an Jenem zu voller practischer Geltung zu bringen. Und wie bereits bei Plaut. As. II, 4, 83 der Sclave dem Freien erwiedert: tam ego homo sum, quam tu, und Petron. Sat. 71 dem Trimalchio die Aeußerung in den Mund legt: et servi homines sunt et aeque unum lactem biberunt, etiamsi illos malus fatus oppresserit; wie nicht minder Sen. Ep. 47, 1 ausspricht: „servi sunt": immo homines. „Servi sunt": immo contubernales. „Servi sunt": immo conservi, und endlich Macr. Sat. I, 11, 2 in sarkastischer Weise die Frage aufwirft: iocone an serio putes esse (sc. servos) hominum genus, quod dii immortales nec cura sua nec providentia dignentur? An forte servos in hominum numero esse non pateris[81])? so gelangen nun auch die practischen Folgerungen

81) Den Gegensatz ergeben Juv. VI, 222: o demens, ita servus homo est? Flor. II, 8, 1: quasi secundum hominum genus sunt (sc. servi) et in bona libertatis nostrae adoptantur.

solchen Vordersatzes zur Geltung ebensowohl in der Anerkennung der Wahrheit, daß der Sclave und Freie wesengleich seien:

Venul. 2 de Iud. publ. (D. XLVIII, 2, 12. § 4): quum natura est communis;

Flor. 1 Inst. (D. I, 1, 3): inter non cognationem quandam natura constituit;

wie aber auch in den Sentenzen von

Sen. Ep. 95, 33: homo sacra res homini; de Clem. I, 18, 2: cum in servum omnia liceant, est aliquid, quod in hominem licere commune ius animantium vetet;

und am Gewichtvollsten bei

Ulp. 36 ad Sab. (D. L, 17, 32): quod ad ius naturale attinet, omnes homines aequales sunt.

So aber bieten sich in allen den im Obigen entwickelten historischen Verhältnissen: in Vorgängen, wie Anschauungen die völlig ausreichenden historischen Motive, um ebenso das Hervortreten jenes schroffen Zwiespaltes in der Gesammtentwickelung des römischen Rechtes, wie aber auch die hierin eingeschlagene Gesammtrichtung und deren leitende Tendenzen vollgenügend zu erklären: indem Alles, aber auch Alles in der historischen, wie culturhistorischen Entwickelung von Staat und Volk auf das Anationale und auf den Kosmopolitismus hindrängte, so erschloß sich naturgemäß auch das Recht solchem Zuge des Zeitgeistes: bewußt, wie unbewußt lenkte dasselbe in jene Bahnen ein, welche die gesammte Entwickelung des Glaubens und Empfindens, des Denkens und Lebens in Staat, wie Volk durchlief.

## § 8.

### Die geschichtliche Bedeutung der durch das ius gentium, das practische ius naturale und das aequum et bonum getragenen Rechtsentwickelung.

Die Entwickelung des Rechtes in der Richtung des Anationalen: in seinem stofflichen Gehalte, wie in seiner Verbindung mit der Person, wie solche in dem aequum et bonum und in dem ius gentium, wie dem practischen ius naturale sich vollzieht, gewinnt nicht bloß für die Geschichte des römischen Reiches, sondern auch für den weltgeschichtlichen Fortschritt der gesammten

Menschheit eine hervorragende Wichtigkeit und eine durchaus bedeutungsreiche Stellung.

Denn was den ersteren Moment betrifft, so war es gerade jene Entwickelung des römischen Rechtes, welche die unabweisbare Vorbedingung für das Bürgerrechts-Gesetz Caracalla's sammt dessen weiterer Consequenz ergab, daß fortan das ius civile Romanorum als gemeinsames Recht an Stelle aller provincialen oder municipalen Particularrechte trat und damit die angestammten nationalen Satzungen, die in großen Massen theils in den Rechten der liberae civitates, theils in den Provinzialedicten, theils in den Localstatuten der nicht freien Communen bis dahin sich erhalten hatten,[82]) mit Einem Schlage den römischen Rechtssatzungen wichen. Denn erwägt man, wie in dem hellenistischen Osten und Süden historische Erinnerungen und nationale Eitelkeit, in dem keltischen, germanischen und iberischen Norden und Westen aber der ererbte Unabhängigkeitssinn der Bevölkerung eine mächtige Stütze den in Bestand erhaltenen nationalen Rechtsordnungen verlieh; wie ferner die Gewohnheit des täglichen Lebens und die Vertrautheit mit dem Hergebrachten überhaupt nur ungern von ererbten und lieb gewordenen Institutionen scheiden läßt; wie sonach das ius civile bei seinem Eintreten in jene Länder die Bedingungen eines tiefbegründeten Widerstrebens vorfand; und wie dennoch nur vereinzelt demselben ein ernsterer und energischerer Widerstand entgegentrat (Thl. II, 794 fg); so läßt solche Erscheinung in der That nur aus jener anationalen Haltung des römischen Rechtes sich erklären: aus dessen hierin gegebener Befähigung, den mannichfachsten Anforderungen der ebenso ethnisch, wie in ihrer Culturentwickelung so sehr verschiedenen Bevölkerungselemente zu genügen.

Und nicht minder sodann, indem jene Entwickelung des Rechtes wiederum den Kosmopolitismus an sich innerhalb des römischen Reiches fördert, so dient damit dasselbe einer Richtung,

---

82) Zu dem in Thl. II § 103 beigebrachten Materiale ist unter Anderem noch beizufügen die Manumissionsform, wodurch Sclaven einer Gottheit durch Schenkung oder Kauf überlassen werden, ohne daß daraus denselben irgend welche Verpflichtung gegen die letztere erwüchse; vgl. Schömann, griech. Alterth. I, 139 A. 1 und dazu Foucart, sur l'affranchissement des esclaves par forme de vente à une divinité, Par. 1867.

welche selbst Träger des nationalen Fortschrittes und Förderer der gesammten Culturentwickelung des Volkes war. Denn wie die nationale Abschließung eines Volkes eine Einseitigkeit von dessen gesammter Entwickelung zur Folge hat und eine Stagnation herbeiführt, sobald die Nation jene Stufe der Vervollkommnung erreicht und den Kreis von Ideen durchlaufen hat, zu deren Gewinnung aus sich selbst heraus ihr die Fähigkeit inwohnt; wie dagegen andrerseits der durch den internationalen Verkehr vermittelte Austausch von Ideen, den nationalen Horizont über die gegebene Sphäre hinaus erweiternd, zur schöpferischen Kraft für neue Entwickelungen sich gestaltet; wie so daher hierdurch die Völker die Fähigkeit und Kraft gewinnen, eine weit höhere Entwickelungsstufe zu erreichen, als die in sich selbst abschließende Nation; wie, mit Einem Worte, der Uebergang eines Volkes zu kosmopolitischen Principien und Gestaltungen seines Lebens den wichtigsten Factor seines culturhistorischen Fortschrittes und seiner gesammten Entwickelung ergiebt; so nun ist es das römische Recht, dem nach jener Richtung hin der förderndste Einfluß zukömmt und welches dadurch zugleich in der römischen Geschichte selbst eine ganz hervorragende Stellung sich erringt.

Und indem endlich jener Kosmopolitismus zugleich der Träger der humanistischen Anschauungen und Ideen war, so fällt nun auch dem Rechte, wie der Jurisprudenz ein ganz hervorragender Antheil an der Förderung des Humanismus zu, namentlich aber in der im Alterthume so vielfach erörterten Sclavenfrage. Denn wie wenig immer das römische, wie das griechische Alterthum der Erkenntniß von der Naturwidrigkeit der Sclaverei sich verschloß,[83]) so war doch diese letztere in dem Grade im gesammten Leben eingebürgert und als unentbehrlich anerkannt, daß ihre Beseitigung ganz außerhalb der Gränze des Möglichen zu liegen schien, und

83) S. § 2. Albuc. bei Sen. Contr. VII, 6, 18: neminem natum liberum esse, neminem servum: haec postea nomina singulis inposuisse fortunam; Pseudo-Quint. Decl. 13, 8: quid autem non liberum natura genuit? Taceo de servis, quos bellorum iniquitas in praedam victoribus dedit, iisdem legibus, eadem fortuna, eadem necessitate natos: ex eodem coelo spiritum trahunt, nec natura vilis, sed fortuna dominum dedit. — A. 85. Arist. Pol. I, 3 a. E.

Wenige nur es wagten, die aus jener Naturwidrigkeit sich ergebenden Consequenzen zu ziehen.[84]) Vielmehr läßt gerade die zu solcher Erörterung berufene Philosophie die Sclavenfrage fast gänzlich bei Seite, und durchaus characteristisch ist es, daß ein Pythagoras und Empedocles dem Thiere ihre humanistischen Bestrebungen zuwenden, den Sclaven dagegen seinem Schicksale überlassen. Erst[85]) Aristoteles ist es, der eingehender mit der Sclavenfrage sich befaßt, um dabei zu einer theoretischen Rechtfertigung des Institutes zu gelangen.[86]) Und zwar stützt sich derselbe hierbei einerseits auf das Gesetz der politischen Nothwendigkeit: zur Entwickelung der ἀρετή, der Bürgertugend, wie zur politischen Thätigkeit an sich ist die nothwendige Vorbedingung die Muse oder die Freiheit von der Sorge für die nothwendigen Bedürfnisse des Lebens; daher muß diese Sorge dem Bürger durch die Arbeit einer dienenden Classe abgenommen werden,[87]) wie nicht minder auch

84) Euripides spricht sich dahin aus, daß der Werth des Menschen nicht von seiner Abstammung, Geburt oder anderen äußeren Verhältnissen, sondern allein von seiner moralischen Würdigkeit abhange: gleichviel ob Hellene oder Barbar, Freier oder Sclave, aus altem Geschlechte entsprossen oder ein Mann aus der Masse des Volkes, nur Tugend und Weisheit entscheiden über Höherwerth; denn οὔποτε θνητοῖς ἀρετῆς ἄλλη δύναμις μείζων: fr. 449; s. Schenkl in Ztschr. f. d. österr. Gymnas. 1862. XIII, 361.

85) Plato, insbesondere de Leg. VI p. 300 fg. erklärt zwar die Sclaverei für etwas dem natürlichen Gefühle Widerstreitendes und entwickelt ganz gesunde Maximen über die Behandlung des Sclaven, allein zu einem Zweifel über die Rechtmäßigkeit der Ersteren erhebt er sich nicht. Nur aus Patriotismus wünscht er, daß Griechen nicht gegen Griechen das Kriegsrecht soweit ausüben, den Gefangenen zum Sclaven zu machen.

86) Völlig mißlungen ist der Versuch, von S. L. Steinheim, Arist. üb. d. Sclavenfrage, Hamb. 1853 und im Hamburger Correspondenten vom 1. Aug. 1855 den Arist. zu einem Abolitionisten zu machen; vgl. dagegen Peter im Hamb. Corresp. v. 19. Dec. 1853. Schiller in Gel. Anzeigen d. bayer. Akad. d. Wiss. Philos. hist. Cl. 1855, 21 fg. Im Allgemeinen vgl. Krug, de Arist. servit. defensore, Lips. 1813. Göttling, de notione servit. ap. Arist. Jen. 1821. Schiller, d. Lehre d. Arist. von der Sclaverei, Erlang. 1847. Uhde, de Arist., quid senserit et de servis et de liberis hominibus etc. Berol. 1856. Herbart, analyt. Beleuchtung des Naturrechts § 6. 7. Becker, Charikles, 2. Aufl. III, 5 fg. Bernhardy, griech. Litter. 45. Wallon, hist. de l'esclavage I ch. 11.

87) Pol. VII, 7. 8. vgl. II, 6, 2.

das Hauswesen zu seiner Erhaltung dienender Hausgenossen d. h. der Sclaven bedarf.[88]) Und andrerseits wiederum auf das Naturgesetz, wie solches in der Verschiedenheit geistiger und selbst körperlicher Anlagen sich ausprägt: denn gleichwie gemäß der in der Natur im großen Ganzen obwaltenden mannichfachen Ungleichheit dem Geiste die Herrschaft über den Körper, und dem Menschen über das Thier zukömmt, so nun ist auch der Sclave den anderen Menschen um so viel untergeordnet, als das Thier dem Menschen, der Körper dem Geiste. Und zwar ist solche Ungleichheit ebenso eine geistige, indem der Sclave nur insoweit der Vernunft theilhaft ist, daß er sie empfindet und fühlt, nicht aber benutzt, wie auch eine körperliche, indem der Körper des Sclaven nur zum Gebrauche für das Nothwendige, der des Freien dagegen nicht hierzu, vielmehr zum Leben im Staate, zu politischem und bürgerlichem Wirken sich eignet.[89])

Nicht minder unternimmt aber auch Cicero, nicht unbeeinflußt von Aristoteles und gewiß auch nicht unabhängig von den in den so blutigen Sclavenkriegen gemachten Erfahrungen, in de Re

---

88) Pol. I, 3, 1. 4, 1.

89) Pol. I, 4. a. E. 5. Da der theoretische Grund der Sclaverei das Naturgesetz: die qualitative Inferiorität des Individuum, der empirische Grund aber ein thatbeständlicher Vorgang (Geburt in der Sclaverei, Kriegsgefangenschaft) ist, beide aber thatsächlich nicht immer zusammentreffen, so sind Widersprüche und Bedenken von jener Theorie gar nicht fern zu halten. Daher sucht Arist. dieselben durch sophistische Auswege zu beseitigen, so Eth. Nic. VIII, 13, 6., abschließend mit dem Satze: οὐδὲν γὰρ κοινόν ἐστιν (sc. τῷ δεσπότῃ καὶ τῷ δούλῳ)· ὁ γὰρ δοῦλος ἔμψυχον ὄργανον, τὸ δ' ὄργανον ἄψυχος δοῦλος, um dann nun in § 7 zu dem Sophisma überzugehen, daß mit dem Sclaven als solchem nicht, wohl aber mit dem Sclaven als Menschen Freundschaft, wie auch rechtsähnliche Verhältnisse möglich seien; dann wieder Pol. I, 6 und das Zugeständniß von Ausnahmen in c. 5. — Allen Boden verliert jene Deduction dadurch, daß ihr sogar der Stützpunct der Raceverschiedenheit fehlt: denn wenn die Arja in Indien die Sudra als ein von der Natur selbst ihnen untergeordnetes und zum Dienen bestimmtes Geschlecht auffaßten (Duncker, Gesch. d. Alterth. II, 54), so mag sich über die Richtigkeit solcher Folgerung gerechter Zweifel erheben, nie aber über die Richtigkeit der Prämisse, da solcher in der That eine Racenverschiedenheit entspricht. Arist. aber entbehrt sogar dieser Prämisse, da solche durchgreifende Racenverschiedenheit zwischen Herren und Sclaven fehlt.

publ. III, 24, 25 eine Rechtfertigung der Sclaverei, indem er dieselbe begründet einerseits durch das Gesetz der Zweckmäßigkeit: denn der Sclave befindet sich besser in der Knechtschaft, als in der Freiheit; und andrerseits durch das Gesetz der Weltordnung: denn das Edlere herrscht durchgehends über das Niedere, und wie Gott über den Menschen, der Geist über den Körper, die ratio über die die Triebe und Leidenschaften herrschen, so auch der Herr über den Sclaven, indem dadurch dem moralisch niedriger Stehenden (improbus) die Freiheit zur Missethat (iniuria) entzogen wird (Aug. C. D. XIX, 21. cont. Jul. Pel. IV, 12). Und wenn nun auch mitunter im Widerstreite mit solchen Gesetzen die Sclaverei sich vorfindet, so daß derselben der zur Freiheit Berufene unterworfen und dadurch nun eine iniustitia begründet ist (Non. Marc. 109, 2), so rechtfertigt doch diese sich wieder durch das Gesetz der politischen Nothwendigkeit: denn wie der Staat nicht ohne ein eine iniustitia ergebendes Verfahren bestehen und wachsen kann, so nun beruht auf gleicher Voraussetzung auch die Herrschaft des Menschen über den Menschen (Aug. C. D. XIX, 21).

Mit diesen Theoremen aber fand die speculative Behandlung der Sclavenfrage bis auf Weiteres ihren Abschluß: denn weder Philosophie oder Humanismus, noch auch das Christenthum selbst traten der Sclaverei in ihrem geschichtlichen Bestande entgegen, indem sie vielmehr sich begnügten, auf eine gerechte und milde, dem Menschenwerthe entsprechende Behandlung des Sclaven zu bringen.[90])

Erst die Jurisprudenz war es, welche, die Periode ihres Glanzes abschließend, die altüberlieferte Anschauung von der Naturwidrigkeit der Sclaverei (A. 83) auf ein theoretisches Fundament stützte, den Lehrsatz aufstellend, daß nach ius naturale alle Menschen frei und insoweit gleich seien, somit aber die Sclaverei an sich solchem ius naturale widerstreite:

Ulp. 1 Jnst. (D. I, 1, 4): quum iure naturali omnes liberi

---

90) Von Cicero wird Milde gegen die Sclaven ebenso empfohlen: de Off. I, 13, 41. wie geübt: Drumann, Gesch. Roms VI, 409 fg. Ebenso dann von Sen. de Ben. III, 21. 22. de Tranqu. 8. de Clem. I, 18. Ep. 80, 8 fg. Macr. Sat. I, 11. Endlich vgl. namentlich Aug. C. D. XIX, 15. 16. und im Allgemeinen noch Boissier in A. 64 cit. tom II. liv. III. ch. IV.

nascerentur, non esset nota manumissio, quum servitus esset incognita;

Marcian. 1 Jnst. (J. Just. I, 2, 2): iure — naturali omnes homines ab initio liberi nascebantur; (D. XL, 11, 2): illis-natalibus restituitur, in quibus initio omnes homines fuerunt;

Tryph. 7 Disp. (D. XII, 6, 64): libertas naturali iure continetur;

Flor. 9 Jnst. (D. I, 5, 4. J. Just. I, 3, 2): servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subiicitur;

Sentenzen, welche auch von Justinian mehrfach wiederholt werden:

Nov. 74 c. 1: — τὴν φύσιν, τὴν δοῦλόν τε καὶ ἐλεύθερον ἐξ ἀρχῆς μὴ διακρίνασαν, ἀλλ' ἐλευθέραν τὴν ἀρθρώπου ποιησαμένην γονήν· Nov. 89 c. 1 pr.: ἡ-φύσις ἐξ ἀρχῆς, ἡνίκα τὰ περὶ τῆς τεκνογονίας ἐνομοθέτει τῶν γραπτῶν οὔπω κειμένων νόμων ἅπαντας ὁμοίως μὲν ἐλευθέρους, ὁμοίως δὲ εὐγενεῖς προήγαγε· c. 9. pr.: ἡ-φύσις πεποίηκεν ἐλευθέρους ἅπαντας·

vgl. Nov. 87 c. 5, sowie Theoph. Par. I, 2, 2: ἀνεφύησαν πόλεμοι καὶ τούτοις ἐπηκολούθησαν αἰχμαλωσίαι καὶ εἰσηνέχθησαν δουλεῖαι, ὅπερ ἐναντιοῦσθαι τῷ φυσικῷ συμβαίνει νόμῳ. ἡ γὰρ φύσις ἐξ ἀρχῆς πάντας ἀνθρώπους ἐλευθέρους οἶδε τικτομένους.

Und indem mit diesen Sätzen nicht nur der Menschenwürde im Sclaven volle Anerkennung gewährt, sondern auch der Sclaverei selbst jede höhere und theoretische Rechtfertigung negirt ward; indem endlich hierneben auch noch die Lehre von dem practischen ius naturale trat; so liegt hierin allenthalben eine entschiedene Förderung der Sclavenfrage in humanistischer Richtung, ja sogar in der Richtung der Abolition selbst, wenn immer auch die in dem byzantinischen Reiche sich vollziehenden Wandelungen dieses letzte Endziel niemals erreichen ließen.

Ein nicht minder bedeutsamer historischer Moment liegt sodann auch darin, daß das römische Recht, in seiner kosmopolitischen Tendenz Hand in Hand mit dem Christenthume gehend, damit dessen Ausbreitung unterstützt und fördert: die Bahn für seine

Verallgemeinerung ebnet. Denn gleichwie von dem entscheidendsten Einflusse für dessen Entwickelung der Umstand war, daß es zu einem Zeitpunkte hervortrat, wo das römische Reich bereits zu seiner Universalität gelangt war, so ist von nicht minderer Bedeutung jener andere Moment, daß zu der nämlichen Zeit auch der kosmopolitische Zug der Anschauungen schon seine volle Herrschaft über die Geister übte [91]).

Und endlich bietet jene Entwickelung des römischen Rechtes in der Richtung des Anationalen zugleich die Lösung jenes in Thl. I § 96 dargelegten Problemes. Denn die Thatsache, daß das römische Recht die Herrschaft seiner Satzungen bei den gebildetsten Völkern der Welt bereits sechszehn Jahrhunderte hindurch: seit Caracalla's Bürgerrechtsgesetz verewigt hat, bietet in Wahrheit ein überraschendes geschichtliches Phänomen, dessen Erklärung allein darin gegeben ist, daß bei jener Entwickelung des Rechtes in der Richtung des Anationalen dasselbe unter der Gunst zusammenwirkender Verhältnisse einen so hohen Grad innerer und stofflicher Vervollkommnung errang, daß es dadurch zu jener weltbeherrschenden Stellung befähigt ward. Und zwar ist von entscheidendem Einfluße hierfür vor Allem der Umstand, daß jene Neugestaltung des Rechtes sich vollzog inmitten eines wirklichen Weltverkehres, wie einer von nationaler Befangenheit in hohem Maaße freien und geklärten Anschauungssphäre (Thl. II § 87), wodurch nun die unbefangenste Würdigung derjenigen Anforderungen sich ermöglichte, welche von Seiten gegebener, objectiver Gesetze: psychischer und physischer, wie nationalöconomischer Gesetze an das Recht herantreten, und womit nun das letztere selbst befähigt ward, in so hohem Grade seine nationale Färbung abzustreifen.

Und indem nun die Erkenntniß und Verwerthung jener Gesetze für die Rechtsmaterie planmäßig von der Jurisprudenz angestrebt ward, so verband sich hiermit einerseits die philosophische Speculation und eine reflectirende Verallgemeinerung der gemachten Wahrnehmungen, wie andererseits eine stete Berücksichti-

91) Vgl. § 7. Jene Momente, als Mittel der Förderung des Christenthumes werden voll gewürdigt von Aug. C. D. XVI. XVII. XVIII, 17 fg. XIX, 27. Oros. adv. pag. II, 3. VI, 1, 21. 22. VII, 1, 2. 3. vgl. Tertull. adv. Jud. 217. adv. Marcion. 337.

gung der Bedürfnisse und Anforderungen, wie der Gestaltungen und Anschauungen des Lebensverkehres selbst (Thl. I § 95), wodurch nun das Recht einerseits auf einen hohen Standpunkt geistig geläuterter Reflexion sich erhob, und andrerseits doch auch wieder durchaus zusagend für das Leben selbst sich gestaltete, im Allgemeinen und Ganzen aber auf der Grundlage der in der aequitas aufgestellten leitenden Rechtsprincipien in durchgreifender Consequenz und zu voller Harmonie fortgebildet ward, allenthalben gefördert von einer ganz meisterhaft ausgearbeiteten Kunstsprache.

Dann aber bewegen sich auch alle jene Bestrebungen, wie Operationen in einer von Vorn herein durchaus günstigen nationalen Atmosphäre. Denn der Römer, dem Speculativen, wie Idealen an sich gleich abhold und durchaus dem Realen und Practischen in seinen Bestrebungen zuneigend (Thl. II A. 780), erfaßte frühzeitig das Recht in seinem hohen Werthe für die practischen Interessen; und so nun beginnt die römische Literatur überhaupt, von officiellen Aufzeichnungen abgesehen, mit Schriften über das Recht.

Und endlich gewinnt auch wiederum in Rom das Recht die allergeeignetsten Organe: in seiner doctrinellen Durcharbeitung getragen von den fähigsten und begabtesten Denkern, die selbst ihr Wissen bald theoretisch, bald practisch, und bald literarisch, bald als Respondenten oder Sachwalter oder als Assessoren von Magistrat oder Richter oder als Räthe des Kaisers in der ausgiebigsten Maaße verwerthen; in seiner processualischen Anwendung in die Hand der jurisdictionellen Magistrate gelegt und hier nun zugleich in der selbstständigst productiven Weise verwerthet, insofern das Proceßregulativ zugleich zur Quelle zahlreichster dem Leben auf das Genaueste angepaßter Neubildungen ward; endlich in seiner Behandelung Seitens der Legislation in dem innigsten Contacte erhalten mit der Wissenschaft selbst und deren Trägern: so standen zu Rom dem Rechte in Wahrheit die denkbar geeignetsten Organe zu Diensten.

Und aus dem Zusammenwirken aller dieser Momente erwuchs denn nun jenes Recht, welches als das vollendetste derartige Gebilde noch heute zu bewundern, wie zu erforschen ist.

---

Leipzig,
Druck von Giesecke & Devrient.

# Beilagen IX—XXI

zu dem

# jus naturale,

# aequum et bonum und jus gentium

der Römer.

Von

Moritz Voigt.

Leipzig.
Ernst Julius Günther.
1871.

# Inhalt.

## Beilagen IX—XXI.

# Beilage IX.

## Ueber den Begriff von civile.

§ 1.

Der Suffix ilis giebt dem Substantiv, dem er sich anfügt, und dem dadurch repräsentirten Begriffe die Bestimmung, daß zu ihm ein zweites Denkobject als Attribut sich verhält. Mit dieser sprachlichen Bestimmung ist der allgemeinste Sinn des Ausdruckes civilis gewonnen: civilis ist diejenige Eigenschaft eines gegebenen Denkobjectes, der gemäß das Letztere sich zu dem civis oder der civitas als deren Attribut verhält. Allein unterhalb dieses allgemeinsten Begriffes scheiden sich wiederum speciellere Bedeutungen des Ausdruckes von einander ab. Denn verschieden ist zunächst das bezogene Subject, sonach der Begriff, welchem die Attribuirung gilt: es ist dies zunächst zwar der civis und die civitas, allein daneben erhält auch das ius civile wiederum diese Stelle des bezogenen Subjectes. Verschieden ist sodann die Auffassung, welche mit dem Begriffe von civitas oder civis verbunden wird: man denkt darunter theils den Bürger im Allgemeinen, theils den römischen Bürger im Besonderen. Und verschieden ist endlich die Modalität, in welcher die Attribuirung an das Subject gedacht wird: dieselbe umfaßt ebensowohl die Eigenthümlichkeit, wie die Zuständigkeit, und den Ausgang und Ursprung in Bezug auf den civis oder die civitas, wie endlich auch die Harmonie mit dem ius civile. Mit diesen weiteren Bestimmungen aber sind die specielleren Bedeutungen des Begriffes civilis gewonnen.

Wenn es nun für denjenigen, der den logischen Begriff feststellen will, gleichgültig ist, wenn eine in ihrem Horizonte sich beschränkende Anschauung willkührlich die logische Allgemeinheit zu einer Besonderheit herabdrückt, welche dem Begriffe an sich nicht inliegt, so fällt von den obigen drei Gruppen der specielleren Be-

deutungen unserer Worte nur die erste und dritte derselben unserer näheren Betrachtung anheim, und wird in § II—VI. einer besonderen Betrachtung unterstellt werden; wohingegen der durch die zweite Distinction gegebene Unterschied ohne wesentliche Bedeutung für unsere Aufgabe ist. Jedoch mag das Vorhandensein solcher Verschiedenheit durch folgenden Beleg sich feststellen Marcianus lib. 1. Inst. (J. I, 2. § 2.):

Ius — civile ex unaquaque civitate appellatur, veluti Atheniensium. — Sic enim et ius, quo populus Romanus utitur, ius civile Romanorum appellamus. — — Sed quoties non addimus, cuius sit civitatis, nostrum ius significamus, sicuti cum poetam dicimus nec addimus nomen, subauditur — — Virgilius.[1])

## § II.

Die Modalität der Attribuirung des Denkobjectes an den civis oder civis Romanus wird zunächst als Eigenthümlichkeit oder proprietas, somit als eine ihm ausschließlich theilhafte Zuständigkeit gedacht. Den Gegensatz von civile in diesem Sinne bildet daher Alles, was dem civis oder civis Romanus nicht ausschließlich zukömmt, vielmehr ihm mit anderen Menschen oder Wesen gemein ist, sonach das humanum, commune, das was iuris gentium ist, das naturale in dem Sinne, wo bei dieser Prädicirung nicht der Ursprung, sondern der juristische Effect der betreffenden Rechtsverhältnisse ins Auge gefaßt wird (Beil. III. § 5—7.) u. dgl. m. In dieser Bedeutung finden wir namentlich vor: ius civile im Gegensatze zum ius gentium, welches die Römer selbst als ius proprium erklären, worüber vgl. Thl. I. § 14. 58. 83., Beil. VIII. § 4. und wohin z. B. gehört Cic. de Orat. I, 38—40., sowie 43.:

Plurima est in omni iure civili: et in pontificum libris, et in XII tabulis antiquitatis effigies.

Weitere Beispiele für diesen Begriff von civilis bieten Cic. Divin. 5, 18.:

Civibus cum sunt ereptae pecuniae, civili fere actione et

---

1) In diesem eminenten Sinne kann jedoch ius civile von jedem beliebigen Particularrechte gesagt werden; so nennt Nep. Cim. 2. das ius civile Atheniensium schlechthin ius civile.

privato iure repetuntur: haec lex socialis est, hoc ius nationum exterarum est;

und civilis in der Verbindung mit munus, officium, bellum u. dgl. m., worüber vergl. Brisson. de V. S. und Forcellini, s. v. civilis.

## §. III.

Eine zweite Modalität der metaphysischen Verbindung eines Denkobjectes durch dessen Attribuirung an den civis bildet die Zuständigkeit überhaupt, und dieser Begriff vermittelt die zweite Bedeutung von civilis, wonach dasselbe nicht, wie in § II. das dem civis Eigenthümliche, sondern das ihm überhaupt Zukömmliche bezeichnet. Seinen Gegensatz findet dann der Begriff in dem peregrinum, alienum, externum u. dergl. Dieser Begriff wird nur in verhältnißmäßig seltenem Vorkommnisse in den Quellen sich nachweisen lassen, was darin seinen Grund hat, daß die Römer bei Betrachtung der Civilität irgend welches Dinges meist den aus § I. fin. ersichtlichen, specifisch römischen und nationalen Gesichtspunkt einnehmen, gerade für diesen Begriff aber des Römisch-Civilen in der hier maaßgebenden Beziehung ein solche Civilität individualisirender Ausdruck in der Bezeichnung Romanum gegeben war, so daß daher dieses Wort der Ausdrucksweise näher liegt und regelmäßig da in den Quellen erscheint, wo civile in dem hier behandelten Sinne stehen könnte. Allein da, wo der Blick über das specifisch Römische hinaus zum generisch Allgemeinen sich erhebt, findet sich auch civile in diesem Sinne, so namentlich ganz evident bei Cic. de Off. III, 17, 69.:

Maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium; quod autem gentium, idem civile esse debet; wozu vgl. Beil. II. not. 2.

## §. IV.

Eine dritte Modalität der Attribuirung, durch welche die Civilität begründet wird, bildet die Herkömmlichkeit und Abstammung von dem civis, so daß civile dasjenige ist, was von dem civis oder der civitas seinen Ausgang nahm. Am Wichtigsten ist diese Bedeutung namentlich in der juristischen Gegenübersetzung theils zu honorarium oder praetorium, als demjenigen, was nicht von der römischen civitas selbst, sondern nur von deren Organen, den

1*

römischen Magistraten seinen unmittelbaren Ausgang nahm, theils zu naturale, als demjenigen, was überhaupt in gar keiner Weise von der civitas oder von einem Theile oder Organe derselben, vielmehr von der natura entstammt, somit zu naturale in demjenigen in Beil. III, §. 5—7 festgestellten Sinne, wo dieses Wort den letzten Ursprung des in Betracht gezogenen Denkobjectes bezeichnet. Aus Alle dem aber erhellt, daß diese dritte Bedeutung von civilis in Wahrheit wiederum einen zwiefachen, verschiedenen, selbstständigen Begriff umfaßt: denn wo immer in Bezug auf das Recht im Allgemeinen oder auf Einzelne von dessen Institutionen und Satzungen im Besonderen von deren Quelle die Rede ist, kommt hierbei eine zwiefältige Categorie in Frage: die formale Quelle, welche den nächsten und unmittelbaren Grund der Gültigkeit und Herrschaft des Rechtes bildet, und die materiale Quelle, auf welcher der Ursprung des in dem Rechte herrschenden Gedankenstoffes beruht. Indem daher die Anschauung, ihren Blick dem Ursprunge und Ausgange des Rechtes zuwendend, einen zwiefältigen Ausgang vorfindet, so ist nun, gleichwie bei den Begriffen ius scriptum und non scriptum im Allgemeinen und ius naturale und civile bei Cicero im Besonderen, so auch bei dem Begriffe civile diese Duplicität des Ausganges des Rechtes in Betracht gezogen, und bei dem Begriffe civilis maaßgebend festgehalten worden.[1a]) Civilis daher, wo es in Bezug auf das Recht dessen Ausgang von der civitas bezeichnet, gewinnt damit den doppelten Sinn sowohl des unmittelbar von der civitas oder den cives Constituirten, wie des aus

---

1a) Wir finden demnach jene doppelte Ausgänglichkeit des Rechtes unter Einem Ausdrucke zusammengefaßt: in dem δίκαιον γεγραμμένον und ἄγραφον der Griechen, wie dem ius scriptum und non scriptum der Römer, jedoch nur bei den verschiedenen Schriftstellern immer nur je in einer bestimmten Beziehung; vgl. Thl. I. not. 175.; sodann in dem ius naturale und civile bei Cicero (Thl. I. § 39.), nicht aber bei den röm. Juristen der 2. Periode (ibid. § 58.); endlich in dem Prädicate civile überhaupt. Dagegen in dem Prädicate naturale in den juristischen Quellen tritt jene Duplicität nicht unmittelbar, sondern nur in Consequenzen zu Tage (Beil. III. §. 5.). — Wenn Savigny, Besitz 6. Aufl. p. 61. diesen Begriff von civilis dahin bestimmt, es bedeute alles das, was weder aus dem ius gentium, noch aus dem prätorischen Rechte, sondern aus einer Lex, einem Senatusconsultum oder als Gewohnheitsrecht entstanden ist, so dürfte dies theils zu viel, theils zu wenig, theils nicht richtig gesagt sein.

dem Volksgeiste Hervorgegangenen, wozu den Gegensatz bildet in der ersteren Beziehung das honorarium, als das unmittelbar von dem Träger des honor Constituirte, und in letzterer Beziehung das naturale, als das aus dem Geiste der Natur Hervorgegangene.

Zunächst der Erste dieser beiden Begriffe findet sich vor in der Bezeichnung ius civile im Gegensatze zum ius honorarium oder praetorium, worüber namentlich Zeugniß giebt Papinian. lib. 2. Definit. (Dig. I, 1, 7. pr. §. 1.):

> Ius civile est, quod ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt;

und worüber vgl. Gai. Inst. III, 36. 37. 71. Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXII, 23. 24. XXIII, 6. XXVIII, 6. 13.) u. a. m. Der nämliche Begriff zwar herrscht nun, allein in der Weise, daß er einen eminenten Sinn und damit eine beschränktere Beziehung gewinnt, sobald er nicht mehr den gesammten, ihm sich unterordnenden Stoff, sondern nur einen Theil desselben, nämlich das aus der auctoritas prudentium hervorgegangene ius civile mit Ausschluß von dessen übrigen Bestandtheilen bezeichnet. In dieser Beziehung bemerkt Pompon. lib. sing. Enchir. (Dig. I, 2, 2. §. 5.):

> Haec disputatio et hoc ius, quod sine scripto venit, compositum a prudentibus, propria parte aliqua non appellatur, — — sed communi nomine appellatur ius civile,

und aus dieser Stelle, in Verbindung namentlich mit dem von Pompon. l. c. (Dig. I, 2, 2. §. 6. 8. 12.) selbst weiter Gesagten:

> Eodem paene tempore tria haec iura nata sunt: leges XII tabularum, ex his fluere coepit ius civile, ex iisdem legis actiones compositae sunt; u.: quum esset in civitate lex XII tabularum, et ius civile, et essent et legis actiones; u.: proprium ius civile, quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit;

sowie aus der Formel iure civili oder in iure civili receptum est erhellt in der That diese eminente Bedeutung jenes Begriffes von ius civile; vgl. auch Cic. de Off. III, 17. und dazu Beil. II. not. 2. Dagegen findet sich civile in diesem eminenten Sinne außerhalb der Verbindung mit ius nicht vor.

Neben der Verbindung mit ius kehrt nun der hier betrachtete Begriff von civile im Gegensatz zu honorarium, praetorium u. dgl.

namentlich häufig in der Verbindung mit actio und obligatio wieder, worüber allenthalben vgl. Brisson. l. c.

Dahingegen der zweite der im Eingange dieses Paragraphen geschiedene Begriff, wo civile im Gegensatze zu naturale in der angegebenen Bedeutung steht, findet sich namentlich vor in der Verbindung mit ius, ratio und aequitas im Gegensatze zum ius naturale, zur ratio und aequitas naturalis u. dgl., sowie mit einigen anderen Worten, wie namentlich obligatio worüber Beil. III §. 6 u. 7 fin. zu vergleichen ist; nicht minder findet er sich aber auch außerhalb juristischer Beziehung, so bei Gell. N. A. XII, 1, 23.:

Non naturalis ille amor est, sed civilis;

u. a. m., worüber vgl. Forcellini, s. v.

## §. V.

In den in §. II—IV betrachteten Bedeutungen von civile war das bezogene Subject der civis oder die civitas, wogegen die Modalität der Beziehung selbst gegeben war durch die Begriffe der Eigenthümlichkeit, der Zuständigkeit und der Herkömmlichkeit oder Ausgänglichkeit. Das nämliche bezogene Subject und die in einer Eigenthümlichkeit beruhende Beziehung kehrt nun wieder, wo civile den Gegensatz zu dem criminale bildet; dennoch aber ist hierin ein Unterschied von der in §. II festgestellten Bedeutung dadurch gegeben, daß civis und civitas hier nicht, wie in §. II—IV einen politischen Sinn und die Bedeutung von Staatsbürger und Staat, sondern einen functionären Sinn und eine sociale Bedeutung haben: bürgerliche Gesellschaft und deren Mitglied. Denn indem das Privatrecht der bürgerlichen Gesellschaft ausschließlich eigen ist und ex professo deren Interessen zu dienen berufen ist, während das Criminalrecht als Theil des ius publicum unmittelbar nur den Interessen des Staates selbst zu dienen den Beruf hat, so läßt sich der Begriff, den das moderne Leben durch den Ausdruck bürgerliches Recht bezeichnet, für das antike Leben ganz füglich und entsprechend durch ius civile wiedergeben. Und indem wir nun finden, daß in Wahrheit das Alterthum diese Ausdrucksweise adoptirte, so erkennen wir damit zugleich, daß, wie auch aus anderen Momenten sich entnehmen läßt, das Alterthum in dem Ausdrucke civis und civitas den Begriff des Bürgers im politischen und functionären Sinne zusammenfaßte, sowie daß gerade der letztere

Begriff maaßgebend war für die hier fragliche Terminologie, weil nur jene functionäre Auffassung des civis solche Ausdrucksweise rechtfertigen kann.[2]) Dieser Begriff findet sich aber z. B. bei Ulp. lib. 38 ad Ed. (Dig. XLVII, 2, 94.):

Meminisse oportebit, nunc furti plerumque criminaliter agi. — — Non ideo tamen minus, si quis velit, poterit civiliter agere;

bei Scaevola lib. 4. Regul. (Dig. 49, 5, 2.):

Ante sententiam appellari potest, si quaestionem in civili negotio habendam iudex interlocutus est, vel in criminali, si contra leges hoc faciat;

und öfter, worüber vgl. Brisson. l. c. u. s. v. criminalis.

Gleicher Beschaffenheit ist der Gegensatz von civile und pontificium, so bei Cic. de Leg. II, 18.:

Et ad pontificium ius et ad civile pertinent,

sowie ibid. c. 21.; oder der Gegensatz von civile und senatorium, so bei Plin. Paneg. 2, 7.:

Quid tam civile, tam senatorium, quam illud additum a nobis „Optimi" cognomen?

Dagegen scheint nicht in der gleichen Weise, wie im modernen Leben, das civile im militare, oder der civis im functionären Sinne in dem miles einen Gegensatz gefunden zu haben, obgleich bezüglich des Ausdruckes Quirites diese functionäre Gegenüberstellung zu den milites erweislich ist.[3]).

## §. VI.

Völlig verschieden von den bisher dargestellten Bedeutungen dagegen erscheint civile, sobald das bezogene Subject, oder dasjenige Denkobject, dem das andere Zweite attribuirt wird, nicht mehr der civis oder die civitas, sondern das ius civile ist, welchenfalls dann die Modalität der Attribuirung in einer Harmonie mit jenem Rechte besteht. Und diesfalls gewinnt civile die Bedeutung von übereinstimmend mit dem ius civile, entsprechend und angemessen seinem Geiste und Wesen, geziemend nach seinen Satzungen,

2) Vergl. auch Ernesti, clav. Cicer. s. v. civilis. § 2.

3) Vergl. Becker, Handb. II, 1. not. 37., wo jedoch das Wesen solcher Gegenüberstellung völlig verkannt ist.

während den regelmäßigen Gegensatz das incivile, aber auch das naturale, als das dem Geiste des ius naturale Entsprechende bildet. In dieser Bedeutung findet sich civile z. B. bei Tac. Ann. I, 8.:

Legata non ultra civilem modum — — dedit;

bei Liv. XXXVIII, 56.:

Magis pie, quam civiliter vim fecisse;

und bei Thryphonin. lib. 11. Disp. (Dig. XXIII, 3, 78. § 2.):

Cuivis magis gratiam praestare, quam relinquere apud inimicum ius ad se translatum licere ei, civile est;

sowie bei Ulpian. lib. 5. Opin. (Dig. IV, 2, 23. §. 3 ):

Siquis quod adversario non debebat — — apparitione Praesidis interveniente sine notione iudicis coactus est dare, iudex inciviliter extorta restitui — — iubeat. Quodsi debitor satisfecit simplici iussione, — — quamvis non extra ordinem exactionem fieri, sed civiliter oportuit, tamen quae solutioni debitarum ab eo quantitatum profecerunt revocare incivile est.

ferner bei Paul. lib. 72. ad Ed. (Dig. XLV, 1, 83. §. 5.):

Casum adversamque fortunam exspectari hominis liberi neque civile, neque naturale est;

und bei demselben Sent. rec. IV, 10. §. 2., wo in Bezug auf das S. C. Orphitianum gesagt wird:

Neque servi, neque liberti matrem civilem habere intelliguntur;

ingleichen die Bezeichnung verba civilia bei Papinian. lib. 6. Resp. (Dig. XXVIII, 6, 7.), sowie bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXV, 1.):

Fideicommissum est, quod non civilibus verbis, sed precative relinquitur;

endlich auch in der Verbindung mit cognatio und possessio, obligatio und negotium, u. dergl., worüber s. Beil. III. §. 7. init. Brisson. l. c. sowie s. v. incivile.

Bei dieser Bedeutung von civile ist daher die mehrfältige Bedeutung von ius civile selbst wiederum maaßgebend, worauf es z. B. beruht, daß dieser Begriff von civile mehrfach eine Beziehung zu dem rigor iuris und der subtilitas erhält, worüber vergl. Thl. I. §. 68. fg.

## §. VII.

Von dem in §. VI. festgestellten Begriffe abwärts zweigt sich endlich ein neuer, der Kaiserzeit eigenthümlicher Begriff oder

vielmehr, wie es scheint, durch Cicero aus dem πολιτικόν der Griechen in das römische Leben übergeleiteter[4]) ab, worin civilis die Bedeutung von leutseelig, mild, herablassend und ähnlich annimmt, wie wir dies z. B. erkennen aus Suet. Vesp. 11.:

Vespasianus civilis et clemens;

Tac. Ann. I, 33.:

Germanico civile ingenium, mira comitas;

Eutrop. VII, 13.:

Civilis circa amicos;

u. dgl. m., worüber vergl. Forcellini l. c. Allein gerade in dieser Bedeutung hat das Wort seinem ursprünglichen Ausgange am Meisten sich entfremdet, da eine Beziehung des mit solcher Eigenschaft Begabten zu der Persönlichkeit des civis oder der civitas nicht mehr wahrzunehmen ist, vielmehr die Persönlichkeit des Menschen es ist, welche hier in den Gedankennexus hineingetreten ist. Daher dürfen wir sagen, daß bei diesem Begriffe von civilis in solchem Worte das bezogene Subject, dem die Attribuirung gilt: der civis oder die civitas in dem homo oder dem genus humanum aufgegangen ist.

---

# Beilage X.

## Ueber den Begriff vom iustum.

---

### §. I.

Iustum [1]) bezeichnet die Eigenschaft eines Denkobjectes, mit dem ius in irgend welcher Beziehung zu stehen. Die hierin gegebene Wesenbestimmung von iustum trägt indeß in der doppelten Hinsicht eine Unbestimmtheit in sich, daß zunächst die Modalität der Beziehung des Denkobjectes zum ius unentschieden gelassen ist; sodann aber auch das ius in dieser seiner Stellung, als des das

4) Vergl. die Citate bei Ernesti. clav. Cic. s. v. civilis in fin.

1) Vergl. Gronov. Observatt. IV, 6. p. 576. sq. ed. Platn., Creuzer, z. röm. Gesch. u. Alterth. R. p. 6. sq. Savigny, Besitz, 6. Aufl. §. 8., Schilling, Inst. §. 6. Zus. 3., sowie Brisson. de V. S. und Forcellini s. v.

Wesen des iustum unmittelbar bestimmenden Begriffes, selbst wiederum einer mehrfachen Bedeutung fähig ist. Die Erstere dieser Unbestimmtheiten zu beseitigen, scheint uns indeß in juristischer Beziehung nur ein untergeordnetes Interesse zu bieten, daher wir diesen Punkt bei unserer nachstehenden Untersuchung in den Hintergrund zurücktreten lassen, vielmehr uns begnügen, zu constatiren, daß diese in Frage stehende Beziehung entweder als Uebereinstimmung mit dem ius, oder als juristische Relevanz, oder als Rechtsbeständigkeit gedacht wird;[2]) in den Quellen selbst findet sich als Umschreibung für iustum namentlich häufig die Ausdrucksweise: iure factum. Wohl aber stellen wir die Beseitigung jener zweiten Unbestimmtheit als unsere Hauptaufgabe hin und constatiren hier, daß das ius als ein dreifältiger Begriff dem Wesen des iustum seine Bestimmung giebt, nämlich:

1. als ius civile Romanorum, wie als Völkerrecht;
2. als ius im Allgemeinen, wo dann dasselbe ebensowohl ganz abstract, wie auch in einer concreten Erscheinungsform gedacht sein kann;
3. als Nationalanschauung und Volkssitte.

Hiermit gewinnen wir eine dreifache Bedeutung von iustum, deren erste technisch ist und sich dahin wiedergeben läßt: entsprechend dem ius civile Romanorum oder dem Völkerrechte, und welche wir in §. II näher behandeln werden; der zweiten, welche ebenfalls technisch ist, entspricht am Vollkommensten unser: rechtmäßig oder gerecht, und sie wird in §. III betrachtet werden; die dritte dagegen ist vulgär und kehrt im Deutschen wieder als: angemessen, gerechtfertigt, begründet, gerecht im vulgären Sinne u. dgl., und sie wird in §. IV erörtert werden. In §. V wird sodann eine Feststellung

2) Diese Modalitäten erschöpfen den Kreis der regelmäßigen Auffassungsweise, woneben jedoch seltener und ausnahmsweise auch noch andere Arten solcher Verknüpfung zu Tage treten, so bei Paul. lib. 32. ad Ed. (Dig. XVII, 2, 3. §. 2.): de illo quaeritur: si ita coita societas sit, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae sit iusta hereditas? utrum quae iure legitimo obvenit, non etiam ea, quae testamento? Et probabilis est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere; hier wird die Beziehung des Denkobjectes zu dem Rechte in der Weise gedacht, daß das Erstere unmittelbar d. h. ohne das Medium einer Privatdisposition auf dem Rechte beruht.

des contradictorischen und des conträren Gegensatzes von non iustum und iniustum folgen.

## §. II.

In Thl. II §. 6 wiesen wir nach, wie von Alters her die Auffassung der Römer vom Rechte von einer Betrachtung derjenigen Erscheinungsformen ausging, welche Jene ganz unmittelbar umgaben. Und dieser Erscheinungsformen sind von Vorn herein zwei, nämlich das ius civile Romanorum: das ius Quiritium, und das Völkerrecht: das ius gentium. Daher dürfen wir entsprechend jener Beobachtung von der Annahme ausgehen, daß von Alters her die Römer unter iustum nur an eine Beziehung des Denkobjectes entweder zum ius Quiritium oder zum ius gentium dachten. Diese Wahrnehmung besagt indeß an und für sich nichts Weiteres, als daß bei der Richtung der Nationalanschauung auf das beim iustum bezogene ius der Blick vornämlich auf dem einheimischen Rechte haftete, das fremdländische dagegen einfach nicht in's Auge gefaßt ward. Diese Erscheinung selbst aber bietet weder an sich etwas Eigenthümliches, noch auch begründet sie einen besonderen Begriff von iustum. Wohl aber wird Letzteres dadurch bewerkstelligt, daß in der That Rom bei jener seiner Anschauung von Vorn herein den Standpunkt einnahm, daß iustum in der That nur das mit dem ius Quiritium oder ius gentium in Beziehung Stehende sei, so daß demnach Alles, was mit einem anderen Rechte in Beziehung stand, wohlbewußt vom Begriffe des iustum ausgeschlossen wurde. Denn indem hiermit grundsätzlich und virtuell, nicht bloß thatsächlich und actuell das iustum an das ius civile Romanorum und ius gentium geknüpft wurde, so war es nicht blos in der Anwendung des Begriffes, sondern in dessen Construction selbst, daß eine Beschränkung des bezogenen Begriffes von ius Platz griff, und es repräsentirt daher iustum in dieser Bedeutung nicht lediglich eine besondere sprachliche Verwendung und einen lediglich eminenten Sinn, sondern einen eigenen und selbstständigen Begriff, dessen obiger Sinn unabhängig von einer freibeliebten Beschränkung oder Erweiterung des Gesichtskreises des Redenden ist.

Diese Bildung nun dieses Begriffes von iustum beruht auf Voraussetzungen, die wir in Thl. II. §. 15 darlegten, und Dank jener unvergleichlichen Zähigkeit, mit welcher die Römer an einmal

angenommenen Gesichtspunkten in einzelnen Beziehungen noch Jahrhunderte lang festhielten, selbst nachdem neue Gesichtspunkte bereits gewonnen waren, ist es uns möglich, die Existenz jenes Begriffes wenigstens theilweis vollständigst zu constatiren. Was nämlich zunächst diesen Begriff in seiner Beziehung zum ius Quiritium oder späterhin dem ius civile Romanorum anbetrifft, so vermögen wir denselben auch in der späteren Zeit noch in einem doppelten Momente nachzuweisen: zunächst nämlich in gewissen Verbindungen, wo uns der Gegensatz belehrt, daß die als iusta prädicirten Institute nothwendig und begrifflich auf dem ius civile Romanorum beruhen müssen, so daß demnach die nicht hierauf, sondern auf einem anderen Particularrechte beruhenden Institute in Wahrheit schlechthin als non iusta anerkannt werden. Und hierher gehören vor Allem die beiden Gruppen: iustae nuptiae, iustum matrimonium, iusta uxor oder materfamilias, iustus filius, pater u. dergl., sowie iusta libertas, manumissio, servitus, welche wir in §. VI. u. VII. besonders erörtern werden. Allein es gehören hierher auch die Ausdrücke iustum exilium, als Bezeichnung des die cap. dem. media zur Folge habenden Exiles,[3]) iusta comitia, als Prärogativbezeichnung der comitia centuriata,[4]) iusti cives, als Bezeichnung derjenigen römischen Bürger, deren Familie mindestens bereits in der zweiten Generation der Ascendenten das römische Bürgerrecht hatte, und die somit einen römischen Bürger zum Wenigsten schon als Großvater gehabt haben,[5]) die iusti dies

3) Vergl. Becker, Handb. II, 3. p. 156. und II, 1. p. 111. sq.; entgegen steht vornämlich das einfache exilium, d. i. das Aufgeben des Domiciles in Rom und die Niederlassung im Auslande, welche cap. dem. nicht zur Folge hatte. Allein auch das iustum exilium wird häufig schlechthin exilium genannt.

4) Vergl. Cic. p. Red. in Sen. 11, 27.: comitiis centuriatis, quae maxime maiores comitia iusta dici haberique voluerunt, wozu vergl. Marquardt, Handb. II, 3. p. 146.

5) Vergl. lex Servil. c. XXIII.: sei quis eor[u]m quei ceivis romanus non erit, ex hac lege alterei nomen [de pequnia capta coacta ablata conciliata avorsave ad praetor]em quoius ex hac lege quaestio erit, detolerit, et is eo iudicio hace lege condemnatus erit, tu[m eis quei ex hace lege alterei nomen de pequnia capta coacta ablata conciliata avorsave detolerit, quom uxore liberisque, sei eis ceiveis romanei non erunt], ceivis romanus ex hace lege fiet, nepotesque

der XII Tafeln nach Gell. N. A. XX, 1, 43. u. dergl., obwohl hierbei allenthalben die Eigenthümlichkeit des hierin angenommenen Begriffes von iustum für uns nicht mehr nachweisbar, sondern nur vorauszusetzen ist. Sodann liefern aber auch den obigen Beweis einzelne Stellen, welche um ihres materiellen Zusammenhanges willen erkennen lassen, daß jener Begriff vorliegt, und somit das nicht-römische zugleich ein non iustum ist. Und hierher gehören z. B. Varro, R. R. II, 10, 4.:

In emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si haereditatem iustam adiit;

und Gai. Inst. II, 16.:

Festuca autem utebantur quasi hastae loco, signo quodam iusti dominii.

Was dagegen iustum in seiner Beziehung zum Völkerrechte betrifft, so vermögen wir dessen Vorkommen zwar darzuthun namentlich in den Formeln der clarigatio:

Ego sum publicus nuncius populi Romani: iuste pieque legatus venio;

und:

Si ego iniuste impieque illos homines illasque res dedier nuncio populi Romani mihi (leg. Quir.) exposco;

sowie:

Ego vos testor, populum illum iniustum esse;

und nicht minder in der alten Theorie von dem bellum iustum piumque, worüber vergl. Brisson. de Form. IV. § 13., und bei Liv. IX, 8, 7.:

Nec prius ingredi hostium fines, quam omnia iusta in deditionem nostram perfecta erunt;

und Liv. VII, 29, 4.:

Samnites Sidicinis iniusta arma quum intulissent;

u. dergl. m. Allein das Vorherrschen jenes Begriffes selbst in diesen Bezeichnungen von iustum, wie iniustum vermögen wir weder, noch brauchen wir besonders nachzuweisen, weil hier die Gegensätze, daß nämlich alles nicht auf Völkerrecht Beruhende, dafern es nicht auf das ius civile Romanorum sich stützt, non iustum sei, bereits durch das oben Bemerkte an die Hand gegeben sind.

[ia]m eiei filio gnateis ceiveis romanei iustei sunto; vergl. damit Becker, Handb. II, 1. p. 196. sq. und Thl. II. not. 104.

## §. III.

Der in §. II. vorausgesetzte Standpunkt der römischen Nationalanschauung ward in dem Zeitalter der ausgehenden Republik zwar in einzelnen Punkten noch festgehalten, im großen Ganzen aber verrückt oder vielmehr erweitert in Folge eines doppelten Umstandes: zunächst nämlich zogen die Römer, wie wir in Thl. II. §. 6. erkannten, auch die iura civilia der peregrinen Staaten in den Kreis ihrer Betrachtung herein, und sodann gelangten innerhalb des römischen Reiches selbst Rechte zur Gültigkeit, die dem ius civile Rom. nicht angehörten, so namentlich die iura provincialia u. a. dergl. Und ebenso erwuchs das privatrechtliche ius gentium, dessen Instituten von dem in §. II. anerkannten Standpunkte aus die Prädicirung iustum nicht wie den Instituten des Völkerrechtes zu Theil ward, vielmehr in Folge des Umstandes versagt wurde, daß jenes ius gentium auf dem nämlichen Gebiete der Lebensverhältnisse mit dem ius civile concurrirte und hier nun als das Schwächere dem Letzteren weichen mußte, daher denn z. B. die nuptiae des ius gentium nach dem Gesichtspunkte von §. II. nie iustae waren. Und indem nun schließlich auch die Philosophie die Sphäre der römischen Anschauung in Bezug auf das Recht erweiterte, so trat nun in Folge Alles dessen neben den alten Begriff von iustum ein neuer, in welchem iustum das dem ius überhaupt Entsprechende vertritt, wobei dann als das hierbei bezogene ius je nach dem Standpunkte, den der Redende einnahm, jede Norm ins Auge gefaßt werden konnte, der überhaupt die Bedeutung, Recht zu sein, beigemessen wurde. Und so finden wir daher, wie bei der Prädicirung von iustum z. B. das ius civile peregrinorum als das bezogene Recht ins Auge gefaßt wird von Caes. B. G. VI, 19.:

> Servi et clientes, — — iustis funeribus confectis, una cremabantur,

indem hier iustum ganz vom Standpunkte des keltischen Rechtes aus gesagt ist und die Bedeutung hat von iuri civili Gallorum conveniens; und Gleiches gilt von Sallust. Iug. 11.:

> Postquam illi more regio iusta magnifice fecerant;

sowie Iustin. H. Phil. X, 1.:

> Artaxerxi — — ex pellicibns CXV filii fuere, sed tres tantum iusto matrimonio suscepti;

Liv. XXXIX, 53, 3.:

Etsi minor aetate quam Perseus esset, hunc tamen iusta matrefamiliae, illum pellice ortum esse; u. a. m.

Wie gleich- und vollberechtigt daher immer der Gesichtspunkt anzuerkennen ist, von welchem aus die Römer, auf das Gebiet des ius civile eines peregrinen Volkes sich versetzend, dieses letztere Recht als die vom iustum bezogene maaßgebende Norm anerkennen, so liegt es doch andrerseits in der Macht und Attractionskraft der vaterländischen Verhältnisse, daß im Allgemeinen nur seltener die Römer jenen Standpunkt einnehmen, vielmehr regelmäßig das römische Recht bei der Prädicirung durch iustum als die ins Auge gefaßte vorausgesetzte Norm anerkennen. Und hier ist es ebensowohl das ius civile Romanorum, wie auch die Provinzialrechte, das privatrechtliche ius gentium und andere römische Rechte, welche, namentlich insofern sie über den römischen Bürger zur Herrschaft gelangten, bei der Prädicirung von iustum den Standpunkt des Redners bestimmten. Und in diesem Sinne steht daher z. B. iustum dominium bei Paulus, Not. ad Papin. lib. 10. Quaest. (Dig. VI, 2, 16.):

Exceptio iusti dominii Publicianae obiicienda est;

indem hier das dominium gleichermaaßen als iustum prädicirt ist, mag es nun auf dem ius civile Romanorum oder auf dem privatrechtlichen ius gentium beruhen. Ebenso gehört hierher Papinian. lib. 28. Quaest. (Dig. XLVI, 3, 95. §. 4.):

Naturalis obligatio — — iusto pacto vel iureiurando ipso iure tollitur;

wo der bezogene Begriff von ius die breiteste Sphäre römischer Rechtsbildung umfaßt; nicht minder auch Gai. Inst. I, 77.:

Hoc — tempore e senatusconsulto quod auctore Divo Hadriano factum est, etsi non fuerit conubium inter civem Romanam et peregrinum, qui nascitur, iustus patris filius est;

wo ein für den Peregrinen erlassener römischer Rechtssatz die Prädicirung iustus filius stützt. Und diese Auffassung des iustum ist denn auch in den Quellen der Kaiserzeit die herrschende und sie kehrt namentlich regelmäßig wieder in der Verbindung mit absentia, aestimatio, aetas, appellatio, index, possessio, provocatio, ratio, titulus, während in der Verbindung mit causa diese nämliche Bedeutung theils regelmäßig wiederkehrt, so mit dem Zusatze posses-

sionis, traditionis, theils die seltenere ist, so mit dem Zusatze ignorantiae, manumissionis, arrogationis, (s. §. IV.), worüber allenthalben vergl. Brisson. de V. S. s. v.

Allein selbst noch über die angegebene Gränze hinaus ward der Begriff des ius in seiner das iustum bestimmenden Bedeutung ausgedehnt: denn indem, wie wir in Thl. I. §. 33. 40. und 93. feststellten, die antike Philosophie und unter deren Einfluß auch die antike Jurisprudenz den Begriff des Rechtes abhob von seiner historisch gegebenen und auch im Gebiete der Speculation festzuhaltenden reellen Basis, von jener Basis nämlich, die ihm durch die Merkmale unterbreitet ward, ebensowohl Wille der Staatsgewalt zu sein, wie in einer sinnlich wahrnehmbaren Erscheinungsform sich erkennbar zu machen; indem vielmehr jene Disciplinen auch oberhalb der Sphäre der Staatsgewalt und in rein materialer Unmittelbarkeit ein Recht anerkannten, welches in Wahrheit Recht nicht ist, vielmehr höchstens als Materie für künftiges Recht zu gelten prätendiren kann; so trat nunmehr der Begriff des ius auch in dieser Extension in die Stellung ein, in welcher er bestimmend auf das iustum influirte. Und indem nun diese Extension, durch dogmengeschichtliche Voraussetzungen bedingt, erst dem Zeitalter Cicero's anheimfällt, (vgl. Thl. I. §. 35. sq.), so finden wir doch auch von da ab ihre Spuren, so z. B. bei Cicero in der Bezeichnung vir iustus, wozu vergl. Thl. I. not. 269., ferner de Leg. II, 5, 13.: est lex iustorum iniustorumque distinctio, de Leg. II, 5, 11.: in ipso nomine legis interpretando inesse vim ac sententiam iusti et iuris legendi, wozu vergl. Thl. I. §. 39. u. a. m. Ebenso findet sich solcher Begriff bei Ulp. lib. 1. Regul., (Dig. I, 1, 10. §. 2.): iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia, wozu vergl. Thl. I. §. 93.

Allein daneben ward auch von Anderen wiederum der bestimmende Einfluß dieses ius im Sinne der Philosophie von dem iustum fern gehalten, daher denn Serv. in Aen. II, 426. im Gegensatze zu dem aequum, als demjenigen was iuxta naturam ist, sagt:

iustum, secundum leges aliqua ratione constrictum.

Ja regelmäßig, wo auf das wirkliche Verkehrsleben Bezug genommen ist, mußten die Juristen gerade auf das positive Recht den Begriff des iustum fundiren, in welchem Sinne dann z. B. bei Iulian. lib. 15. Dig. (Dig. XVIII, 5, 5. §. 2.):

Nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt,

und bei Ulp. lib. 1. Opin. (Dig. II, 14, 52. §. 2.):

Pactum, ut, si quas summas propter tributiones praedii pignori nexi factas creditor solvisset, a debitore reciperet, — — iustum ideoque servandum est,

das iustum als durch das positive Recht bestimmt aufzufassen ist. Und dies gilt auch in Wahrheit von Papinian. lib. 28. Quaest. supr. cit., da hier das iustum zwar auf das aequum et bonum und damit auf das ius naturale fundirt ist (vgl. Thl. I. §. 90. C.), allein dies immer nur in der Weise, daß dieses ius naturale innerhalb der Gränzen des positiven Rechtes gefunden wird. Dagegen ist wiederum der Standpunkt des positiven Rechtes vollständig aufgegeben, und der des ius naturale allein eingenommen bei Cic. de Rep. III, 24. (August. C. D. XIX, 21.), der die Herrschaft Roms über die Provinzen durch die Argumentation stützt:

Iustum esse, quod talibus hominibus sit utilis servitus et pro utilitate eorum fieri;

sowie bei Cic. de Rep. III, 25. (Non. Marc. s. v. famulantur p. 75. G.):

Est enim genus iniustae servitutis, cum hi sunt alterius, qui sui possunt esse;[6])

denn unter den Begriff der iniusta servitus fallen hier auch solche Verhältnisse, wo das positive Recht die Existenz der servitus decretirt, und somit eine iusta servitus anerkennt.

Aus Alle dem daher ergiebt sich für diese zweite Wesenbestimmung von iustum, daß dabei das ius im Allgemeinen und ohne begriffliche Beschränkung auf bestimmte Erscheinungsformen maaßgebend zu Grunde liegt; daß sodann dieses ius entweder in abstracto und in seiner begrifflichen Allgemeinheit, somit ohne wesentliche Fixirung des Blickes auf Einzelne der solchem Begriffe sich unterordnenden historischen Erscheinungsformen ins Auge gefaßt ist; oder aber daß bei solchem Urtheil der Blick an derartige historisch oder auch speculativ fixirte Erscheinungsformen sich heftet; und diese Erscheinungsformen selbst wiederum können ebensowohl

6) Vergl. zu obigen beiden Stellen Cic. de Rep. III, 25. (August. c. Iul. IV. c. 12.), und zu der Letzteren von jenen Becker, Handb. II, 1. p. 58.

das Völkerrecht: das ius gentium, oder das Particularrecht irgend welchen peregrinen Staates sein, oder auch das römische Particularrecht: das ius civile Romanorum, wie das privatrechtliche ius gentium, ein ius provinciale u. dergl. m.; endlich aber auch das rein philosophische und speculative Recht: das ius naturae.

Alle diese bezogenen Denk- und Anschauungsobjecte ergeben aber in der That nur Eine Begriffsgruppe für das iustum, weil hier allenthalben der Begriff des ius in seiner logischen Allgemeinheit maaßgebend ist, sei es an sich und in abstracto, sei es in concreto und in einer jenem begrifflich Allgemeinen sich unterordnenden, besonderen, historisch oder speculativ determinirten Erscheinungsform.

## §. IV.

Der Dritte der in §. I. festgestellten Begriffe von iustum weist für die antike Volksanschauung eine vollständige Analogie mit der vulgären Anschauung der modernen Zeit nach: denn wie auch unsere Gegenwart von gerechtem Schmerze oder Kummer, von gerechter Trauer oder Betrübniß, von einem gerechten Grunde des Schmerzes u. dergl. redet, ohne daß bei solchen Gemüthsaffectionen und deren Kundgebung oder in deren Causalverhältnisse irgend welche Beziehung zu dem Rechte sich entdecken ließe, ebenso spricht auch das classische Alterthum von einem iustus dolor, error, metus, timor, von einer iusta ratio, einem iustum pretium,[7] ohne daß diese Prädicirung dadurch bestimmt würde, daß diese Denkobjecte in einer Beziehung zu dem Rechte stehen; vielmehr tritt solche juristische Beziehung höchstens in unwesentlicher Weise, von Außen her zu jenen Objecten hinzu, insofern als z. B. die als iustus anerkannte metus mit gewissen Folgen Rechtens bekleidet wird, ein Umstand, der indeß jene Prädicirung nicht bedingt, sondern selbst erst durch solche bedingt und davon abhängig ist, so daß daher dieser Moment vom gegenwärtigen Gesichtspunkte aus gleichgültig erscheint. Hier allenthalben ist vielmehr nicht das Recht in das Auge gefaßt, als diejenige Norm, welche um der Harmonie willen, in welcher mit ihr das gegebene Denkobject steht, das Merk-

---

7) Wegen iustum pretium insbesondere vergl. Schilling, Inst. §. 290. Erinner.

mal des iustum begründet; vielmehr nimmt hier lediglich die Rationalanschauung, wie Volkssitte die Stelle des das Wesen von iustum bestimmenden und bezogenen Begriffes ein, so daß hier die Bedeutung von Angemessen, Begründet, Gerechtfertigt, oder von Gerecht in jenem modern-vulgären Sinne den Begriff von Gerecht oder Rechtmäßig im technischen Sinne völlig hinwegspült. Und dies ergiebt auch die Definition im Gloss. Hildebr. p. 186.:

Iustum: aequum, rationale;

sowie der Redegebrauch selbst, so Ter. Andr. I, 1, 9.:

Apud me iusta et clemens fuerit servitus,

wozu Donat. in h. l. bemerkt: iusta, in qua nihil iniquum iubetur, und: apud me iusta, id est moderata, aequalis. Und in gleichem Sinne findet sich auch der Gegensatz iniusta servitus bei Iustin. XI, 1.:

Iniusta servitute oppressi ad spem se libertatis erigebant.

So wesentlich verschieden daher dieser Begriff von iustum zu dem in §. III. erörterten Begriffe sich verhält, so schwierig ist es häufig, im concreten Falle zu entscheiden, welcher von beiden Begriffen maaßgebend ist, um so mehr als in den nämlichen Verbindungen, so z. B. mit causa, ratio, u. a. beide Begriffe wiederkehren. Denn wenn z. B. Paul. lib. 3. Quaest. (Dig. XXII, 3, 25. pr.) sagt:

Eum, qui dicit indebitas solvisse, compelli ad probationes, quod per — — aliquam iustam ignorantiae causam indebitum ab eo solutum sit,

so weist hier die Umgebung, in welcher die iusta ignorantiae causa sich befindet, darauf hin, daß hier nicht von einer durch das Recht aufgestellten und fixirten causa die Rede ist, sondern lediglich von einer causa, welche nach der gemeinen Meinung die ignorantia als gerechtfertigt erscheinen läßt. Dahingegen wiederum bei Gai. lib. 9. ad Ed. prov. (Dig. L, 17, 42.):

Qui in alterius locum succedunt, iustam habent causam ignorantiae,

erscheint das iustum in dem technischen Sinne von §. III., insofern als das Recht selbst die successio in alterius locum als causa sancirt, welche einer ignorantia innerhalb der dem locus alterius anheimfallenden Angelegenheiten in abstracto juristische Relevanz

beimißt, Gaius aber offenbar mit Rücksicht auf diesen Rechtssatz solche causa als eine iusta prädicirt.

Und Gleiches gilt ferner auch, wenn die lex Aelia Sentia dem minor XX annorum nicht anders die Manumission gestattet:

Quam si vindicta apud consilium iusta causa manumissionis adprobata fuerit;[7a])

denn indem jenes Gesetz der aequitas des consilium, als der Erwägung der concreten Verhältnisse die Entscheidung überließ, ob die causa manumissionis eine iusta war, so statuirte es damit iustum in diesem vulgären Sinne von angemessen oder gerechtfertigt. Die Wissenschaft aber in ihrem Bestreben dieses Gebiet der aequitas juristisch zu determiniren, bestimmte alsbald die Fälle, welche solchem Begriffe der iusta causa sich unterordnen, wie wir dies z. B. bei Gai. Inst. I, 19. 39., Marcian. lib. 13. Inst. (Dig. XL, 2, 9. pr.) zu Tage treten sehen. Und indem nun in Folge des rechtsbildenden Einflusses der Doctrin damit diese iustae causae selbst absolut sich fixirten, so verwandelte sich damit auch der Begriff der iusta causa selbst, indem sie zu einer durch das Recht bestimmten und determinirten causa ward, so daß daher in diesem anderen, technischen Sinne von §. III. vielleicht Iulian. lib. 2. ad Ursei. Feroc. (Dig. XL, 9, 7. §. 1.) sagte:

Minor annis XX, quum servum manumittere vellet nec iustam causam — — haberet.

In Fällen dieser Art vermögen wir daher lediglich aus dem Sinne und Geiste des Redenden selbst eine Entscheidung zu geben, welcher von den in Frage stehenden beiden Begriffen des iustum vorliegt, daher je nach Lage der Sache dieses Urtheil theils disjunctiv, theils hypothetisch, theils kategorisch ausfallen wird, wie die obigen Beispiele belegen und wie auch die nächstehenden Stellen ergeben von Nerat. lib. 1. Membran. (Dig. L, 5, 4.):

Tempus vacationis, quod datur eis, qui reipublicae causa abfuerunt, non ex eo die numerandum est, quo quis abesse desiit, sed cum quodam laxamento itineris. — Si quis tamen plus iusto tempore in itinere aut in alio loco commoratus consumserit, ita ea interpretanda erunt, ut ex eo tempore vaca-

---

7a) Vergl. Gai. Inst. I, 18. 38.

tionis dies incipiat ei cedere, quo iter ex commodo peragere potuisset;

und Ulp. lib. 14. ad Sabin. (Dig. XXXVIII, 16, 3. §. 12.):

De eo —, qui centesimo octogesimo secundo die natus est, Hippocrates scripsit et divus Pius rescripsit, iusto tempore videri natum,

indem iustum tempus im Sinne des Neratius nur die hier fragliche vulgäre Bedeutung, im Sinne des Hippocrates nur eine Beziehung auf die lex naturae, endlich im Sinne des Antoninus Pius nur eine Beziehung auf das positive Recht haben kann.

## §. V.

Dem iustum stehen als Gegensätze gegenüber die beiden Bezeichnungen non iustum oder non iure factum, und iniustum, welche sprachlich sich als Negationen derjenigen Beziehung des Denkobjectes zum ius darstellen, die beim iustum als wirklich anerkannt werden. Diese Bestimmung erfordert indeß noch eine genauere Feststellung mit Rücksicht darauf, daß die römische Nationalanschauung einen bestimmten Unterschied zwischen beiden Ausdrücken statuirt und festgehalten hat. Und hierin tritt zugleich die Erscheinung zu Tage, daß die mehrfältigen Beziehungen des Denkobjectes zum ius, welche wir in §. I. anerkannten, in ihrer Negation auf die beiden Bezeichnungen non iustum und iniustum sich vertheilen in der Weise, daß jeder von beiden Begriffen nur für je Eine jener Beziehungen die Negation enthält. Denn bei dem non iustum bildet die Rechtsbeständigkeit diejenige Beziehung des Denkobjectes zum ius, deren Existenz negirt wird, so daß dasselbe die Nichtbeständigkeit zu Recht prädicirt, dagegen das Merkmal der Disharmonie mit dem Rechte an sich nicht ins Auge faßt, daher auch das nicht rechtswidrige Verhältniß ein non iustum sein kann. Demgemäß wird hierbei lediglich die Basis der Existenz des Denkobjectes in Bezug auf das maaßgebend ins Auge gefaßte Recht in Betracht gezogen, und dem entsprechend das Urtheil abgegeben, daß das bestimmende Recht die Basis solcher Existenz nicht bilde, oder daß das gegebene Denkobject von dem gewählten Gesichtspunkte aus nicht rechtsbeständig sei.

Dagegen bei dem iniustum ist wiederum die Basis der Existenz des Denkobjectes gleichgültig, vielmehr tritt hier als die alleinig

maaßgebende Beziehung der Moment der Disharmonie mit dem Rechte hervor, d. h. das was iniustum ist kann in seiner Existenz auf dem Rechte beruhen, ohne daß dies nöthig wäre, allein, indem es überhaupt existirt, tritt es in Widerstreit mit dem maaßgebend ins Auge gefaßten Rechte, und erscheint rechtswidrig.[8])

Diese äußerst beachtenswerthe und wichtige Distinction hat zur Folge, daß dasjenige, was non iustum ist, nach dem ins Auge gefaßten Rechte an und für sich überhaupt gar keine Wirkung Rechtens hat; dagegen dasjenige, was iniustum ist kann allerdings solche Relevanz haben, dafern entweder der Rechtssatz, gegen den es verstößt, eine lex imperfecta oder minus quam perfecta, oder plus quam perfecta ist, indem letzteren Falles gerade diese Rechtswidrigkeit den Thatbestand einer gesetzlichen Disposition bildet, wie z. B. das Delict.

Der Grund aber, worauf es beruht, daß irgend welches Lebensverhältniß ein non iustum ist, ist darin gegeben, daß das betreffende Recht, nach Maaßgabe dessen das Urtheil gefällt wird, entweder ein dem gegebenen Lebensverhältnisse entsprechendes Rechtsverhältniß gar nicht kennt, oder doch dem Träger des gegebenen Verhältnisses die Rechtsfähigkeit nicht zugesteht, oder die Sache, auf welche das Verhältniß sich bezieht, von dem Kreise seiner Rechtsobjecte ausschließt (wie dies z. B. mit den res extra commercium bezüglich des Privatrechtes der Fall ist), oder daß endlich das gegebene Lebensverhältniß mit einer lex plus quam perfecta oder perfecta im Widerspruche steht, indem z. B. die gesetzlich in absoluter Weise vorgeschriebene Form oder ein anderes wesentliches Requisit der Rechtsbeständigkeit eines Rechtsgeschäftes mangelt. Dagegen iniustum konnte nur das Lebensverhältniß sein, welches zugleich auch Rechtsverhältniß war, und bei dem somit die obigen, das Merkmal des non iustum begründenden Defecte nicht

8) Doch wird obige Distinction in dem Begriffe iniuria nicht immer beobachtet; so sagt Ulp. lib. 18. ad Ed. (Dig. IX, 2, 5. §. 1.): iniuriam autem hic accipere nos oportet — — quod non iure factum est, hoc est contra ius; allein was non iure factum est ist in der That nicht schlechthin auch contra ius; eben so falsch ist, wenn Ulp. lib. 56. ad Ed. (Dig. XLVII, 10, 1. pr.) sagt: iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat; omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Vgl. übrigens wegen dieses Begriffes iniuria Schilling, Inst. §. 233. not. c.

vorhanden, vielmehr ergänzt waren, wo aber dagegen ein Widerstreit mit einer lex imperfecta oder minus quam perfecta obwaltete, und insbesondere in der materiellen Gestaltung des Verhältnisses, wie z. B. in dem Inhalte des Rechtsgeschäftes ein Widerstreit mit dem Rechte zu Tage trat. In Bezug auf die Rechtsgeschäfte insbesondere fällt daher die Nullität unter den Begriff des non iustum, dagegen die Rescissibilität unter den Begriff des iniustum. Wollen wir daher nach Maaßgabe Dieses den Unterschied zwischen non iustum und iniustum uns veranschaulichen, so würde, was das mit solenner Form bekleidete Rechtsgeschäft, wie z. B. das Testament betrifft, dasjenige ein non iustum sein, bei welchem ein Mangel in den wesentlichen Requisiten der Form obwaltet, wie dies besagt Papinian. lib. 1. Defin. (Dig. XXVIII, 3, 1.):

Testamentum — non iure factum dicitur, ubi solennia iuris defuerunt;

und Africanus lib. 3. Quaest. (Dig. XLVIII, 10, 6. pr.):

Non iure factum testamentum id appellatur, in quo si omnia rite facta essent, iure factum diceretur;

und dieses Testament ist, als Testament im Allgemeinen[8a]) ohne alle Wirkung Rechtens, weil es gar nicht zu Recht besteht d. h. also Testament im juristischen Sinne nicht ist; dagegen das iniustum testamentum ist unter Beobachtung der gesetzlichen Formen errichtet, und besteht sonach zu Recht, widerstreitet aber in und durch seinen Inhalt dem Rechte; daher ist das inofficiosum testamentum zugleich ein iniustum, keineswegs aber ein non iustum, was besagt wird theils von Ulp. lib. 8. Disput. (Dig. V, 2, 26.):

Inofficiosum vel iniustum testamentum pronuntietur;

theils von Iulian. lib. 21. Dig. (Dig. XXVI, 3, 3.):

Qui a patre tutor scriptus est aut non iusto testamento, aut non ut lege praecipiebatur (d. i. iniusto testamento);

Ulp. lib. 2. ad Ed. (Dig. XLIV, 2, 1.):

Quum res inter alios iudicatae nullum aliis praeiudicium faciant, ex eo testamento, ubi libertas data est, — — agi

---

8a) Die auf einem besonderen Favor beruhenden Ausnahmen, wo die testamenta ab initio non iure facta durch spätere Ergänzung des Defectes utilia werden (s. namentl. Gai. Inst. III, 147. 148. ibique cit.) kommen hier nicht weiter in Betracht, denn sie sind contra rationem iuris.

potest, licet ruptum vel irritum aut non iustum dicatur testamentum;

Id. lib. 50. ad Ed. (Dig. XXIX, 3, 2. §. 1.):

Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est; sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta; itemque imperfecta (d. h. non iusta) solemus testamenta dicere;[8b])

Modestin. lib. 8. Resp. (Dig. V. 3, 47.):

Luc. Tit. quum in falsi testamenti propinqui accusatione non obtinuerit, quaero, an de non iure facto nec signato testamento querela illi competere possit?

vergl. auch Ulp. lib. 3. ad Sabin. (Dig. XXVIII, 3, 3. §. 3.), lib. 10. ibid. (Dig. cit. l. 6. §. 1.), Paul. lib. 2. ad Sabin. (Dig. XXIX, 2, 22.) u. a. m., so wie wegen des practischen Unterschiedes Id. lib. 1. de I. fisc. (Dig. XXXIV, 9, 5.):

Post legatum acceptum non tantum licebit falsum arguere testamentum, sed et non iure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur.

Und dieser nämliche Unterschied tritt in der negativen Prädicirung des sacramentum bei der leg. act. sacramento zu Tage, indem dasjenige sacramentum, was von einem peregrinus geleistet wird, lediglich ein non iustum, nicht aber ein iniustum sein kann, weil dem Peregrinen überhaupt die legisactio fehlt (Thl. II. §. 12.), wie dies auch sich ergiebt aus Cic. p. Caec. 33, 97.:

Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta Xviris religionem iniecisset, non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta civitas esset;

während das sacramentum des civis Romanus, wenn es in gesetzlich solenner Weise bestellt war, nur entweder iustum oder iniustum, nie aber non iustum sein konnte,[9]) wie dies erhellt aus Cic. p. Mil. 27, 74.:

---

8b) Diese Stelle enthält eine Steigerung: Testamente werden benannt a. die vollgültigen letztwilligen Verordnungen, b. die Verordnungen, welche falsa, iniusta, irrita oder rupta sind, c. die non iusta.

9) Bei Keller, röm. Civilproc. § 13. zu not. 201. verschwindet freilich jene Feinheit des römischen Sprachgebrauches um so mehr, als derselbe der Wahrheit zuwider den Peregrinen die legisactio beimißt, worüber vgl. Thl. II not. 70a. Jener erstere Vorwurf trifft auch andere Gelehrte, indem es z. B.

Eum — — qui — — non iniustis vindiciis ac sacramentis alienos fundos — — petebat;

und p. dom. 29, 78. (wo ein civis Romanus als assertor libertatis in den Proceß eintritt):

Si Xviri sacramentum in libertatem injustum iudicassent.

Die Frage endlich, was im Einzelnen unter die Begriffe des iniustum und non iustum falle, läßt in abstracto sich nicht beantworten und namentlich ist dafür auch maaßgebend, welches Recht der Redende als Maaßstab seines diesfallsigen Urtheiles im Auge hat, sonach welchen von den durch §. II., III. und IV. gegebenen verschiedenen Standpunkten derselbe einnimmt. Vom Gesichtspunkte des §. III. ist z. B. non iustum, oder iniustum Alles, was, je nachdem, entweder nicht nach ius gentium,[10]) oder nicht nach ius Romanum, oder peregrinum oder nicht nach ius naturale besteht, resp. solchen Rechten widerstreitet, daher denn auch Cicero vom Standpunkte des ius naturale aus die diesem Rechte widerstreitende, wenn gleich nach ius Romanum bestehende Sclaverei als eine iniusta bezeichnen konnte. Dagegen vom Gesichtspunkte des §. II. aus ist non iustum Alles, was weder nach ius civile Romanorum noch nach dem Völkerrechte, wenn immer auch nach einem anderen Rechte besteht, daher denn Varro mit Rücksicht darauf, daß noch seine Zeit dem ius honorarium die Anerkennung als wirkliches und wahres ius civile Romanorum versagte, die civile hereditas als iusta im Gegensatze zur Bon. Poss. bezeichnen konnte, und ähnliche Reminiscenz in dem iustum dominium bei Gai. Inst. II, 16. cit. maaßgebend ist, ja Gleiches auch bezüglich der Prädicirung iusta comitia u. dgl. gilt.

Nach Alle dem nun werden wir es unternehmen, die festgestellten Bedeutungen von iustum, non iustum und iniustum in

---

irrig ist, einen titulus verus sed iniustus der Usucapion anzuerkennen, da vielmehr nur ein titulus verus sed non iustus denkbar erscheint und auch solcher nur genannt wird von Hermogenian. lib. 5. Iur. Epit. (Dig. XLI, 8, 9.): si non iure legatum relinquatur, — — pro legato usucapi, post magnas varietates obtinuit. Der iniustus titulus dagegen hat an sich und insoweit er nicht als putativus Relevanz erhält, gar keinen Effect, wie dies auch besagt Paul. lib. 54. ad Ed. (Dig. XLI, 6, 1. §. 1. 2.) und Ulp. lib. 31. ad Sabin. (Dig. XLI, 9, 1. §. 3. 4.).

10) So z. B. Gell. VI, 18, 8.: postliminium iustum non esse.

einzelnen Verbindungen darzulegen, in denen jene Begriffe eine höhere Wichtigkeit für die Rechtsgeschichte erlangen.

## §. VI.

Eine gemeinsame Gruppe, wo die behandelten Begriffe als Prädicate in den Quellen uns entgegen treten, bilden die Ausdrücke: nuptiae, matrimonium, uxor, materfamilias, pater, filius, filia, soror u. dgl.[11]) Der Gesichtspunkt, von welchem aus diese Prädicirung meist erfolgt, ist der in §. II. behandelte des ius civile Romanorum. Hieraus ergiebt sich zunächst bezüglich der nuptiae und des matrimonium, daß nur diejenige Ehe eine iusta ist, welche nach ius civile Romanorum besteht und insbesondere auf römischem conubium der Ehegatten beruht, daher die Ehe des (mit römischem conubium nicht beliehenen) Peregrinen, wie jede Ehe des civis Romanus, welcher ein impedimentum impediens entgegensteht, eine non iusta ist, während eine iniusta nur diejenige Ehe des civis Romanus ist, welcher, indem sie den Ehegesetzen für Ehen zwischen römischen Bürgern widerstreitet, höchstens ein impedimentum dirimens entgegensteht. Hiermit stimmt überein Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 2. 3.):

> Iustum matrimonium est, si inter eos qui nuptias contrahunt, conubium sit, et tam masculus pubes quam femina potens sit, et utrique consentiant, si sui iuris sunt, aut etiam parentes eorum, si in potestate sunt; conubium est uxoris iure (i. e. iure civili Romanorum, vgl. Beil. IV. §. IX.) ducendae facultas;

Boëth. in Cic. Top. p. 304. Or.:

> Non autem omnibus erat conubium cum Romanis, nec erant nuptiae iure contractae, quae non aut inter civem Romanum civemque Romanam inibantur, aut cui princeps populusve civitatem vel conubium permisisset;

Inst. I, 10. pr.:

> Iustas autem nuptias inter se cives Romani contrahunt, qui secundum praecepta legum coëunt, masculi quidem puberes,

11) Irrige Ansichten hierüber s. namentlich bei Brisson. ad. leg. Iul. de adult. in opp. var. p. 117. sq. Schulting, Iurispr. Antej. ed. II. p. 32. sq. Schrader zu Inst. I, 9, §. 1. p. 64. I, 10, pr. p. 66. Creuzer, Abr. d. röm. Antiqu. 2. Aufl. p. 84. sq. und das. Birnbaum, p. 482. sq. Bethmann-Hollweg de caus. prob. p. 6. sq.

feminae autem viri potentes, sive patresfamilias, dum tamen filiifamilias et consensum habeant parentum, quorum in potestate sunt;

endlich Gai. Inst. I. 76.:

— — uxorem duxerit, sicut supra quoque dicimus,[12] iustum matrimonium contrahi; et tunc qui nascitur, civis Romanus est et in potestate erit.

Und in diesem Sinne findet sich die fragliche Ausdrucksweise auch vor in dem S. C. de assignand. libertis von 799. (Hänel, Corp. leg. p. 47.: Si quis duos pluresve liberos ex iustis nuptiis quaesitos in potestate haberet); ingleichen bei Gai. Inst. I, 55. (in potestate nostra sunt liberi nostri quos iustis nuptiis procreavimus), bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 1.: in potestate sunt liberi parentum ex iusto matrimonio nati, und §. 10.: in his qui iure contracto matrimonio nascuntur, conceptionis tempore disceptatur), Serv. in Aen. IV, 328. (ubi non est iustum matrimonium, liberi matrem sequuntur).

Durch das Vorhandensein solcher iustae nuptiae bedingt, werden daher auch die darauf gestützten ehelichen, Verwandtschafts- und Schwägerschaftsverhältnisse selbst zu iustae und in diesem Sinne findet sich iusta uxor bei Ulp. lib. 27. ad Sabin. (Dig. I, 5, 18.: si ei, quae ex iustis nuptiis concepit, aqua et igni interdictum est, civem romanum parit et in potestate patris), lib. 6. ad leg. Iul. et Pap. (Dig. XXIII, 2, 31.: Si senatori indulgentia principis fuerit permissum libertinam uxorem habere, potest iusta uxor esse), lib. 2. de adult. (Dig. XLVIII, 5, 13. §. 1. s. unten), Tryphonin. lib. 20. Disp. (Dig. XXVIII, 2, 28. §. 3.: postea Titia uxor iusta tibi fuerit — — postea testatori civiliter nupta est), sowie in dem Petitum der Campaner bei Liv. XXXVIII, 36. (s. Thl. II. §. 35.):

Ut sibi cives Romanas ducere uxores liceret, et si qui prius duxissent, ut habere eas, et ante eam diem nati, ut iusti sibi liberi heredesque essent;

ingleichen bei Suet. Nero 28., Calig. 24., Vespas. 24. u. ö. Nicht minder findet sich iusta materfamilias in dieser Weise bei Macrob.

12) Nämlich in Inst. I. §. 56.: [cives Romani] si cives Romanas uxores duxerint, vel etiam Latinas peregrinasve cum quibus conubium habeant.

Sat. I, 6. (concessum, ut libertinorum quoque filii, qui ex iusta dumtaxat matrefamilias nati fuissent, togam praetextam — — gestarent); iusti liberi bei Gai. Inst. III, 72. (dum vivit iste libertus, ceteris civibus Romanis libertis similis est et iustos liberos procreat, moritur autem Latini iure); iustus filius bei Ulp. lib. 39. ad Ed. (Dig. XXXVII, 4, 3. §. 5.: non enim per rescissionem (i. e. emancipationem) is, qui filius iustus est, efficietur non filius), sowie in der Arrogationsformel (bei Gell. N. A. V, 19, 9.):

Velitis, iubeatis, uti L. Valerius L. Titio tam iure legeque filius siet,

wozu vgl. Gai. Inst. I, 99. (interrogatur, an velit eum, quem adoptaturus sit, iustum sibi filium esse).

Dahingegen das non iustum matrimonium ist dasjenige, welches nach ius civile Romanorum nicht zu Recht besteht, selbst wenn dasselbe auf Grund anderen Rechtes als Ehe anerkannt sein sollte, und hierher gehört nicht allein die nach ius civile Romanorum nichtige Ehe des civis Romanus, deren gedacht wird von Paul. Sent. rec. II, 19. §. 2.:

Eorum qui in potestate patris sunt, sine voluntate eius matrimonia iure non contrahuntur; sed contractae non solvuntur;[13])

und Iulian. lib. 16. Dig. (Dig. XXIII, 2, 18.):

Nuptiae inter easdem personas nisi volentibus parentibus renovatae iustae non habentur,

sondern selbstverständlich auch die Ehe zwischen Peregrinen. Und in gleicher Weise werden daher auch derartige Verwandtschaftsverhältnisse als non iusta bezeichnet, so von Boeth. in Cic. Top. p. 304. Or.:

Filii non iure suscepti in patrum non erant potestate, sed matres potius sequebantur.

Der practische Unterschied zwischen den iustae und non iustae nuptiae bestand nun darin, daß alle Wirkungen, welche das ius civile Romanorum mit der Ehe verknüpfte, lediglich den iustae nuptiae zukamen, dagegen den non iustae nuptiae versagt blieben.

13) D. h. das ius civile Romanorum erkannte den Mangel jenes Consenses als impedimentum impediens an; die spätere Zeit hält diesen Satz in jener seiner Beziehung zum ius civile Romanorum fest, statuirt aber nach dem speculativ-practischen Rechte (s. unten) ein matrimonium, welches daher vom Gesichtspunkte des ius civile aus ein non iustum d. h. Ehe gar nicht ist.

Und da nun in der früheren Zeit alles römische Particularrecht zugleich auch nur ius civile Romanorum war, so war auch jede überhaupt nach römischem Rechte bestehende Ehe stets zugleich ein iustum matrimonium und alle vom römischen Rechte an die Ehe geknüpften Wirkungen concentrirten sich in den iustae nuptiae. Bereits gegen Ausgang der Republik traten indeß die wesentlichsten Veränderungen in dieser Beziehung ein (vgl. Thl. II. §. 82.); denn nicht allein, daß nunmehr auch die nach römischem Provinzialrechte bestehenden Ehen auf ein von Rom verliehenes, somit also römisches Recht sich stützten und ihre besonderen Wirkungen Rechtens hatten, so gelangte auch die speculative Betrachtung des Rechtes zu einer Wesenbestimmung von matrimonium, welche von dem matrimonium des ius civile Romanorum in sehr bedeutsamen und wesentlichen Punkten abwich und eine viel weitere Sphäre umfaßte, als das Letztere. Und da nun diesem neuen Begriffe von matrimonium eine practische Anerkennung und Bedeutung errungen wurde, indem gewisse rechtliche Wirkungen an die Existenz des diesem speculativen Begriffe entsprechenden matrimonium geknüpft wurden; da ferner auch dieser Ehebegriff auf specifisch römische Verhältnisse übertragen und selbst zwischen, wie mit cives Romani solches matrimonium anerkannt wurde, so trat nun neben, oder vielmehr über die bisherige römische Ehe: das matrimonium [iustum] des ius civile Romanorum, eine noch andere Ehe: das matrimonium jenes speculativ-practischen Rechtes, welches zugleich ein non iustum des ius civile Romanorum sein konnte. Diesem letzteren matrimonium stand nun von Vorn herein das matrimonium des ius civile Romanorum als das iustum gegenüber, und wie die specifische Anschauung des Römerthums selbst in dem 3. Jahrh. n. Chr. noch fortwirkte, so erhielt sich auch die hierauf gestützte Terminologie sogar bis zur Abfassung des Corpus iuris, wie dies die obigen Stellen beweisen. Allein da in der Kaiserzeit die Anschauung der römischen Jurisprudenz diesen letzteren, in §. II. festgestellten, durch das ius civile Romanorum gegebenen specifisch-römischen Standpunkt in der That im Allgemeinen aufgiebt, vielmehr auf den in §. III. festgestellten, durch die Universalität des römischen Staats- und Rechtslebens gegebenen universelleren Standpunkt übertritt (Thl. II. §. 87. 113.); und da ferner, wie obbemerkt, auch dem matrimonium des speculativ-practischen

Rechtes juristische Folgen beigemessen werden, so konnte nun auch mit Rücksicht auf letzteren Umstand und von dem ersteren Gesichtspunkte aus dieses matrimonium die Prädicirung iustum erhalten. Und daß dies in der That auch geschah, dafür zeugt namentlich Ulp. lib. sing. de Excus. (? fr. Vat. §. 168.):[14])

Quidem tamen iustos (sc. liberos) secundum has leges (sc. secundam legem Iuliam et Papiam Poppaeam) putant dici. Divi quoque Marcus et Lucius Apronio Saturnino ita rescribserunt: „si instrumentis probas habere te iustos tres liberos, excusationem tuam Manilius Carbo v(ir) c(larissimus) accipiet;“

indem aus dieser Stelle zu entnehmen ist, daß alle Kinder, welche genügten, um das ius liberorum und andere von der julischen Gesetzgebung mit dem Besitze von Kindern verknüpfte Vortheile zu verschaffen, mehrfach als iusti liberi anerkannt wurden; allein Ulpian selbst verwirft diese Auffassung, beifügend:

Sed iustorum mentio ita accipienda est, uti secundum ius civile quaesiti sint.

Daß indeß dennoch diese von Ulpian gemißbilligte Ausdrucksweise immer allgemeiner Eingang sich verschaffte, war theils durch die allgemeine Anschauungsweise, theils insbesondere auch durch das Streben bedingt, das matrimonium des ius civile Romanorum und des speculativ practischen Rechtes in den Wirkungen zu nivelliren und gleichzustellen, und daher finden wir denn auch, wie Ulpian selbst, diesen Einflüssen gehorchend, der verworfenen Terminologie sich bedient, wie in lib. 13. ad Sabin. (Dig. XXXVIII, 17, 2. §. 2.):

Filium autem vel filiam accipere debemus, sive iuste sint procreati vel vulgo quaesiti,

indem hier der Gegensatz des iustus filius zu dem vulgo quaesitus ganz unzweifelhaft erkennen läßt, daß bei dem Begriffe iustum nicht der alte civil-römische, sondern der neuere universellere Standpunkt eingenommen ist. Und in gleichem Gegensatze und Sinne findet sich: iustae nuptiae bei Marcian. lib. 1. Inst. (Dig. I, 5, 5. §. 2.: nec interest iustis nuptiis conceperit an vulgo), bei Scaevola lib. 1. Regul. (Dig. XXIII, 2, 54.: nihil interest ex iustis nuptiis

---

14) Wegen des Verfassers dieser Stelle vgl. Buchholz, Vat. fr. p. 309. sq.; wegen der Stelle selbst: Buchholz ad h. l.

cognatio descendat, an vero non; nam et vulgo quaesitam sororem quis vetatur uxorem ducere), sowie ohne jenen Gegensatz bei Paul. lib. 7. Resp. (Dig. XXIII, 2, 65. §. 1.: etsi contra mandata contractum sit matrimonium in provincia, tamen post depositum officium — — iustas nuptias effici et ideo postea liberos, natos ex iusto matrimonio, legitimos esse), Modestin. lib. 12. Pand. (Dig. XXXVIII, 10, 4. §. 2.) u. a. m.; ingleichen iusti liberi bei Severus in Ulp. lib. 5. ad Ed. (Dig. II, 4, 4. §. 3.), Gai. Inst. I, 77., Marcian. lib. 14. Inst. (Dig. XLIX, 15, 25.), filia iuste procreata bei Anton. Pius in Ulp. lib. 2. de Off. Cons. (Dig. XXV, 3, 5. §. 6.), iustus pater bei Antonin. Caracalla in C. Iust. IX, 9, 3., Octavenus in Paul. lib. 1. ad l. Iul. et Pap. (Dig. XXIII, 2, 44. §. 4.) u. dgl. m.

Dagegen das matrimonium non iustum erscheint auch von diesem neuen Gesichtspunkte als ehemäßige Geschlechtsverbindung, welcher, um Ehe zu sein, ein impedimentum impediens entgegensteht, daher solcher Verbindung überhaupt alle Wirkungen der Ehe mangeln. Indem daher dieses matrimonium non iustum ein matrimonium im Sinne von Ehe gar nicht ist, so enthält nun der Ausdruck matrimonium non iustum eine contradictio in adiecto (wie dies auch Ulp. lib. 50. ad Ed. (Dig. XXIX, 3, 2. §. 1. s. oben §. V.) bezüglich des testamentum non iustum anerkennt), und dieser Umstand erklärt es auch, daß wir weniger jene Bezeichnung, als vielmehr die Ausdrucksweise: matrimonium non est und ähnlich in den Quellen vorfinden, so bei Papinian. lib. 1. Defin. (Dig. XXIII, 2, 63.), Paul. lib. 2. Sent. (Dig. cit. l. 66.), Marcian. lib. 10. Inst. (Dig. XLVIII, 5, 7. pr.), Ulp. lib. 32. ad Sabin. (Dig. XXIV, 1, 3. §. 1.), lib. 63. ad Ed. (Dig. XXIII, 3, 3.), lib. 2. de Adult. (Dig. XLVIII, 5, 13. §. 4. 8.), Tryphon. lib. 4. Disp. (Dig. XLIX, 15, 12. §. 4.), Inst. I, 10. §. 12. Wohl aber tritt diese contradictio zu Tage, indem das matrimonium non iustum durch specielle Bezeichnungen prädicirt wird, so namentlich als incestum matrimonium bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 7.), incestae nuptiae bei Caracalla et Geta in Papinian. lib. 36. Quaest. (Dig. XLVIII, 5, 38. §. 6.), bei Ulp. lib. 26. ad. Sabin. (Dig. XXIII, 2, 12. pr.), Paul. lib. 6. ad. Sabin. (Dig. XXIII, 2, 52.), u. a. m.

Dagegen endlich das matrimonium iniustum ist eine wahre und wirkliche Ehe, welcher als das Moment, worin ihre Rechts-

widrigkeit zu Tage tritt, entweder ein impedimentum dirimens entgegensteht oder irgend welcher Rechtsnachtheil beigefügt ist, daher, insoweit nicht das Recht eine Ausnahme statuirt, alle Wirkungen der Ehe hier Platz greifen; und dies ergiebt sich in der That auch aus Ulp. lib. 2. de Adult. (Dig. XLVIII, 5, 13. §. 1. wozu des Gegensatzes willen vergl. §. 4.):

Sive iusta uxor fuit, sive iniusta, accusationem (sc. adulterii) instituere vir poterit; nam, ut Sextus Caecilius ait, haec lex (sc. Iulia de adulteriis) ad omnia matrimonia pertinet;[15])

Id. lib. sing. de Off. Praet. tut. (fr. Vat. §. 194.):

Iusti autem an iniusti sint filii non requiritur (sc. in excusatione tutorum); nullo minus, in potestate necne sint;[16]) cum etim iudicandi onere iniustos filios relevare Papinianus lib. V. Quaest. scribat;

Id. lib. 47. ad Ed. (Dig. XXXVIII, 11, 1. pr.):

Ut Bon. Poss. peti possit unde vir et uxor, iustum esse matrimonium oportet. Ceterum si iniustum fuerit matrimonium, nequaquam Bon. Poss. peti poterit; — — nihil enim capi propter iniustum matrimonium potest.[17])

Und in gleichem Sinne findet sich auch iniustum repudium als ein zu Recht bestehendes repudium bei Quint. I. O. VII, 4, 38. Declam. 262., da die daselbst erwähnte actio iniusti repudii nicht Nullitätsklage, sondern Dotalklage ist.

Nach Alle dem nun können wir das Resultat des gegenwärtigen

---

15) Zur Vergleichung dienen Papin. lib. 15. Resp. s. tit. ad l. Iul. de adult. (Coll. IV, 5. §. 1.): Civis Romanus, qui sine conubio civem peregrinam in matrimonio habuit, iure quidem mariti eam adulteram non postulat; hier steht Papinian auf dem civil-römischen Standpunkte, wonach diese Ehe ein non iustum matrimonium, somit überhaupt ein matrimonium nicht ist; daher ist hier eine accusatio adulterii nicht möglich. Dagegen vom universell-rechtlichen Standpunkte aus ist jene Ehe wahre Ehe und zwar iustum matrimonium und um deßwillen auch accusatio adulterii statthaft; und dies wiederum dürfte die Ansicht Ulpians gewesen sein.

16) Iustum ist hier von dem gegenwärtig in Frage stehenden Gesichtspunkte aus gesagt; dagegen iustum vom civil-römischen Gesichtspunkte aus wird umschrieben durch in potestate necne sint.

17) Ich nehme iustum vom universell-römischen Standpunkte aus, welchen Falls obigem Satze den Peregrinen gegenüber gewisse Beschränkungen stillschweigend zu suppliren sind.

Paragraphen dahin feststellen: bei der in Frage stehenden Prädicirung der obigen Begriffsgruppe nimmt das classische Alterthum einen doppelten Standpunkt ein: theils den civil-rechtlichen oder specifisch-römischen (Thl. II. §. 15.), theils den universellen (Thl. II. §. 87.). Vom civilrömischen Standpunkte aus ist iustum matrimonium die nach ius civile Romanorum bestehende Ehe, während non iustum matrimonium die Ehe des Peregrinen, sowie diejenige Ehe des civis Romanus ist, welcher ein impedimentum impediens, somit eine lex perfecta oder plus quam perfecta entgegensteht, gleichviel übrigens, ob solche Ehe nach einem anderen Rechte, als dem ius civile Romanorum etwa zu Recht besteht oder nicht; dagegen das iniustum matrimonium ist dem ius civile Romanorum schlechthin unbekannt, weil es in der That keine andere legislative Mißbilligung der Ehe kennt, als diejenige, welche die rechtswidrige Verbindung zu einem non iustum matrimonium stempelt.

Dagegen vom universellen Standpunkte aus ist iustum matrimonium sowohl die Ehe, welche nach einem römischen Rechte, sei es ius civile Romanorum, sei es Provincial- oder Municipalrecht zu Recht besteht, als auch die Ehe, welche nach dem speculativ-praktischen ius gentium zu Recht besteht; non iustum matrimonium aber ist die Ehe, welcher nach jenen Rechten ein impedimentum impediens entgegensteht, während iniustum matrimonium die Ehe ist, welcher theils ein impedimentum dirimens, theils irgend welcher Rechtsnachtheil zukommt.

Nach diesen Bestimmungen aber richten sich auch die fraglichen Prädicirungen der übrigen, der in Betracht gezogenen Gruppe anheimfallenden Begriffe. Besonders merkwürdig aber ist die Stelle von Paul. Sent. rec. II, 19, §. 2., weil diese, wie bereits in not. 13. erwähnt, die obigen beiden Gesichtspunkte ganz unmittelbar neben einander stellt.

## §. VII.

Eine zweite Gruppe von Begriffen, bezüglich deren die Bedeutung der hier fraglichen Prädicate festzustellen ist, bilden servitus, manumissio und libertas.[18]) Und auch hier erkennen wir als

18) Alte Irrthümer s. Creuzer z. röm. Gesch. u. Alterth. K. p. 7. 25. sq. und Dirksen bei Dems. Abr. d. röm. Antiqu. 2. Aufl. p. 36. sq., Becker, Handb. II, 1. p. 57. sq. 65.

regelmäßig maaßgebend und bestimmend für die betrachtete Prädicirung den durch das ius civile Romanorum gegebenen, in §. II. festgestellten Gesichtspunkt an. Hiernach ist iusta servitus, manumissio und libertas diejenige Manumission oder derjenige Status der Sclaverei oder Freiheit, welcher nach ius civile Romanorum zu Recht besteht und auf diesem beruht.[18a]) Dies ergiebt Gai. lib. 1. de Manum. (Dig. XL, 9, 29. pr.):

Generaliter pignori datus servus sine dubio pleno iure debitoris est et iustam libertatem ab eo consequi potest;

Ulp. lib. sing. Reg. (fr. I, 23.):

Iusta libertas testamento potest dari his servis, qui testamenti faciendi et mortis temporis ex iure Quiritium testatoris fuerunt;

Paul. Sent. rec. IV, 12, §. 2. 3.:

Mutus et surdus servum vindicta liberare non possunt; inter amicos tamen et per epistolam manumittere non prohibentur. Ut autem ad iustam libertatem pervenire possit, condicione vindicationis excipi potest. Tormentis apud praesidem subiectus et de nulla culpa confessus ad iustam libertatem perduci potest;

Marcian. lib. 13. Inst. (Dig. XL, 1, 8. §. 3.):

Ne quidem illos ad iustam libertatem pervenire, divus Hadrianus rescripsit, qui ideo manumissi sunt, ut crimini subtraherentur;

Dosith. de manum. §. 7. L.:

Ante enim una libertas erat et manumissio fiebat vindicta vel testamento vel censu, et civitas Romana competebat manumissis; quae appellatur iusta ac legitima manumissio;

Gordian. in Cod. Iust. II, 31, 2.:

Vindictae impositio, qua libertas iusta munitur;

Senec. de Vit. Beat. 24.:

Servi liberine sint, ingenui an libertini, iustae libertatis an inter amicos datae, quid refert?

Suet. Aug. 40.:

---

18a) Auf dem Völkerrechte unmittelbar beruht die servitus des Individuum niemals unmittelbar: Jenes räumt nur eine potestas über das Letztere ein und indem dieses in Sclaverei versetzt wird, so geschieht dies zwar auf Grund jener potestas, aber doch nur nach Maaßgabe des betreffenden ius civile.

Servos non contentus multis difficultatibus a libertate, et multo pluribus a libertate iusta removisse;

und so auch Antonin. Pius in Ulp. lib. 4. fideicomm. (Dig. XXXVI, 1, 16. §. 17.), Caracalla in Cod. VII, 4, 2. Sever. Alex. in Cod. VI, 21, 4., Gordian. in Cod. X, 38, 2. Ulp. lib. 5. Fideicomm. (Dig. XL, 5, 28. §. 3.), Hermogenian. lib. 4. Iur. Epit. (Dig. XXXVI, 4, 11. pr.); ferner Gai. Inst. I, 17.:

Iusta ac legitima manumissione liberetur;

Ulp. lib. sing. Reg. (fr. III, 4.):

Iteratione fit civis Romanus, qui post Latinitatem, quam acceperat, maior XXX annorum iterum iuste manumissus est ab eo, cuius ex iure Quiritium servus fuit;

endlich Cic. p. Caec. 34, 99.:

Ei, qui in servitute iusta fuerunt, censu liberentur;

Gai. Inst. I, 11.:

Libertini, qui ex iusta servitute manumissi sunt;

African. lib. 6. Quaest. (Dig. IX, 4, 28.):

Si alieni servi nomine, qui tibi iusta servitute serviret;

Iavolen. lib. 2. ad Plaut. (Dig. XLV, 3, 34.):

Non potest videri iustam servitutem servisse iis, qui illum liberum esse non ignorabant.

Dagegen die non iusta servitus, manumissio, libertas ist die nach ius civile Romanorum nicht bestehende, daher zunächst sowohl der Status der Sclaverei, insofern solcher durch ius civile pereginorum begründet war, wie auch der Zustand, wo ohne Status der Sclaverei, lediglich ein factisches Dienstverhältniß statt hatte;[19]) daher ferner die Manumission Seitens des Peregrinen, oder auch Seitens des Römers, insofern derselben ein wesentliches Requisit der civilen Rechtsbeständigkeit mangelte; daher endlich der Status der Libertät, insofern solcher auf ein anderes Recht, als das ius civile Romanorum sich stützte, oder der Zustand der Freiheit ohne entsprechenden Status statthatte.[20]) Doch ziehen es die Quellen

---

19) Der Status der Sclaverei wird technisch umschrieben durch servum esse oder servitutem servire, der Zustand der Sclaverei dagegen durch servire wie durch in servitute esse in seiner regelmäßigen Bedeutung.

20) Daher ist die libertas des Peregrinen immer nur eine non iusta, wenn gleich auch dieselbe vom Standpunkte seines eigenen ius civile aus eine iusta sein kann; diesen Gedanken spricht aus Cic. p. Caec. 33, 96.: Qui

vor, in solchem Falle die Existenz jener Rechtsverhältnisse direct und nicht erst durch Vermittelung der Bezeichnung non iustum in Abrede zu stellen, wie dies z. B. bei Cic. Top. 2, 10., Dosith. de Manum. §. 6. L., Gai. lib. 1. de Manum. (Dig. XL, 9, 29. §. 1.) u. a. m. geschieht.

Endlich der Begriff der iniusta libertas, manumissio und servitus vom civil-römischen Standpunkte aus gedacht war regelmäßig ausgeschlossen dadurch, daß das ius civile Romanorum eine vitiöse und zugleich wirkliche Existenz jener Verhältnisse nicht anerkannte. Daher konnte solche Prädicirung nur von den Gesichtspunkten aus erfolgen, die wir in §. III. u. IV. darlegten.

Das Resultat dieser Erörterung ist daher, daß die hier fragliche Prädicirung der in Betracht gezogenen Begriffsgruppe von Alters her von dem in §. II. dargelegten civil-römischen Gesichtspunkte aus erfolgte, und daß dieser Gesichtspunkt, wenn auch nicht völlig ausnahmlos (s. §. III.), so doch in Bezug auf das positive Recht ohne Abweichung festgehalten wurde: iusta libertas, manumissio, servitus sind nur diejenigen entsprechenden Verhältnisse, welche im Gegensatze sowohl zum ius peregrinum, wie auch zum ius naturale[20a]) nach ius civile Romanorum mit Ausschluß des ius honorarium bestehen, und denen allein daher auch die civilrechtlichen Wirkungen zukommen. Und bezüglich der durch captivitas des römischen Bürgers begründeten servitus insbesondere ergeben diese Sätze die einfache Anwendung, daß

1. der civis Romanus, welcher in Folge der captivitas oder seines Uebertrittes in peregrines Territorium in die potestas hostium oder peregrinorum kommt (Thl. II. §. 9.), und von den hostes

---

enim potest iure Quiritium liber esse is, qui in numero Quiritium non est? Es ist dies eine einfache Consequenz der in Thl. II. §. 6. u. 13. entwickelten Voraussetzungen. Der Status der Freiheit wird übrigens technisch umschrieben durch liberum esse, der Zustand des Freiseins durch in libertate esse oder morari. Es ist nicht wahr, wenn man sagt, daß der vom Peregrinen manumittirte Sclave immer nur in libertate, nicht aber liber gewesen sei; vielmehr hatte er in der That die libertas, aber vom civil-römischen Gesichtspunkte aus nur eine non iusta libertas, und lediglich vom Gesichtspunkte seines eigenen ius civile aus eine iusta libertas.

20a) Dagegen ist der Gegensatz zum ius gentium hier verwischt, weil dieses die Entstehungsgründe der servitus zum Theil auf sein Gebiet herüberzog, so z. B. die Geburt von der ancilla.

oder peregrini in Sclaverei versetzt wird, zwar eine wahre servitus erleidet und in den Status der Dienstbarkeit, in ein servitutem servire kommt, daß aber diese servitus nicht nothwendig eine iusta ist, weil sie nicht nothwendig durch das ius civile Romanorum statuirt sein muß, vielmehr lediglich nach ius civile peregrinorum bestehen kann, wobei dann das Letztere selbst aus der von dem ius gentium statuirten bezüglichen potestas seine Machtvollkommenheit entnimmt, solche servitus über den civis Romanus zu decretiren; daß daher

2. solche servitus, dafern sie wirklich eine non iusta sein sollte, aller der Folgewirkungen entbehren würde, welche das ius civile Romanorum an die Existenz der iusta servitus anknüpft, vornämlich aber eine capitis deminutio irgend welcher Art nicht eintreten würde, vielmehr lediglich jener provisorische, interimistische und transitorische Zustand, der durch das postliminium und die fictio legis Corneliae in retrotractiver Weise wieder aufgehoben wird, die einzige civile Folgewirkung jenes Verhältnisses für den civis Romanus sein würde. Und fragen wir daher, ob nun solche servitus in Wahrheit eine iusta und von dem ius civile Romanorum selbst statuirte und über den civis Romanus verhängte war, so verneinen wir selbst diese Frage, indem wir als Hauptbeweise für die Richtigkeit dieser Ansicht hervorheben, daß

a. kein Jurist dem in obiger Weise in Sclaverei Gerathenen eine capitis deminutio beimißt, vielmehr meines Wissens nur fünf Stellen dies thuen, von denen die eine, Caes. de B. C. II, 32. in figürlichem Sinne spricht, weil das in Frage stehende Verhältniß nicht zwischen einem civis Romanus und hostes, sondern zwischen cives Romani statt hatte, hier aber überhaupt nicht einmal von servitus die Rede sein kann, worüber vergl. namentlich Ulp. lib. 5. Opin. (Dig. XLIX, 15, 21. §. 1.); die zweite Stelle dagegen, Hor. Od. III, 5, 42. in dichterischem Sinne spricht; die dritte sodann, Paul. Diac. s. v. deminutus p. 70. ihrem ursprünglichen Sinne nach allein Beweiskraft haben kann, gerade jener Sinn aber unter der Hand des unwissenden Epitomator völlig unkenntlich geworden ist;[21]) von der vierten aber, Isid. Orig. X, 10, 54. das Nämliche

21) Vergl. Becker, Handb. I. p. 60. not. 98.; die daselbst gegebenen Beispiele lassen sich noch beträchtlich vermehren, so z. B. reciperatio bei Fest. p. 274. und Paul. p. 275., posimerium Fest. p. 249. u. Paul. p. 248. u. a. m.

in gleichem Maaße gilt; die fünfte endlich, Liv. XXII, 60, 15. in Wahrheit gar nicht hierher gehört.[22]) Dagegen die römischen Juristen vermeiden es geflissentlich, bei ihrer Erörterung von der capitis deminutio maxima des so häufigen Falles der servitus in Folge der captivitas Erwähnung zu thuen, vielmehr sprechen sie in solchem Falle von dem civis Romanus immer nur als von einem in hostium potestate oder apud hostes Befindlichen oder als von einem servus hostium, nie aber als von einem capite deminutus;

b. keine Quellenstelle die Sclaverei des captivus civis Romanus für eine iusta servitus oder für ein iure servitutem servire erklärt, somit nirgends die Anerkennung und Rechtsbeständigkeit solchen Status von Seiten des ius civile Romanorum ausgesprochen wird; vielmehr

c. Paul. Sent. rec. III, 4ª., 8. besagt:

Qui ab hostibus captus est, testamentum quasi servus facere non potest,

durch die Prädicirung quasi servus aber die Rechtsbeständigkeit der Sclaverei nach ius civile Romanorum für jenen Fall genau in der nämlichen Weise in Abrede stellt, wie dies z. B. Gai. Inst. I, 193.:

Aput peregrinos non similiter ut aput nos in tutela sunt feminae; set tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum etc.,

bezüglich der tutela mulierum thut, indem auch hier solches Rechtsinstitut zwar als nach ius peregrinorum zu Recht bestehend, nach ius civile Romanorum aber als non iustum und unwirksam anerkannt wird; endlich

d. der captus civis Romanus, weil er nach ius civile Roma-

22) Wohl zu scheiden ist: 1. der Fall der einfachen captivitas, Ueberwältigung durch feindliche Uebermacht; und 2. der Fall, wo armis victi hostibus se dediderunt, d. h. ein Vertrag, der das Ergeben des Bedrängten an den Feind vermittelt; im Falle ad 1. trat theils postliminium ein, theils, unserer Ansicht nach, keine cap. dem.; im Falle ad 2. fiel theils das postliminium hinweg, wie dies Paul. lib. 2. ad Sabin. (Dig. XLIX, 15, 17.) ausdrücklich bezeugt, theils trat cap. dem. maxima ein, indem in diesem Falle das ius civile Rom. selbst auf amissio libertatis erkannte, somit iusta servitus statt hatte. Gerade der zweite jener Fälle liegt aber in der citirten Stelle des Liv. vor, worüber vgl. dens. c. 59—61. u. Cic. de Off. III, 32.

norum nie seine Ingenuität verlor, auch durch manumissio nicht zum libertinus wurde, da die nie verlorene libertas nicht erst neu durch Manumission begründet werden konnte.[23])

Die weiteren Beweise für die Richtigkeit dieser meiner Sätze,[24])

---

23) Puchta, Institutionen §. 215. not. d. sagt: „die Ingenuität wird nicht verloren durch Gefangenschaft, sofern das Postliminium die Geburtsrechte restituirt; l. 21. pr. D. de capt. 49, 15. l. 9. C. de ingen. manum. Quint. I. O. V, 10, 60." Dies besagt aber in der That soviel als: die verlorene Ingenuität wird nicht verloren, sofern sie durch Postliminium wieder erworben wird. Vergl. übrigens Schilling, Inst. §. 27. not. kk.

24) Die gewohnte achtungsvolle Anerkennung haben wir zu zollen an Becker, Handb. II, 1. not. 251., der in Bezug auf die angebliche capitis deminutio durch Kriegsgefangenschaft bemerkt: „Die juristischen Quellen scheinen das zwar nicht anzuerkennen; wenigstens ist mir nicht bekannt, daß irgendwo Kriegsgefangenschaft unter den Fällen der capitis deminutio genannt würde." — Daß übrigens in der Regulirung der obigen Verhältnisse eine Ordnung uns entgegentritt, in welcher das juristische Genie Roms auf das Allerglänzendste sich bewährt, wird Niemanden entgehen, der mit dem Quellenmateriale vertrauter ist. Um so unangenehmer berührt, wenn wir wahrnehmen, mit wie wenig Geist, Scharfsinn und Quellenkenntniß jenes Gebiet bisher behandelt ward. Namentlich fällt auch auf, daß man die Tragweite jener capitis deminutio nicht auf dem Gebiete des ius sacrum und publicum aufsuchte, da auch hier Anhaltepunkte gegeben sind. So z. B. was das ius sacrum betrifft, wissen wir, daß Cn. Cornelius Scipio, der Vater des L. Cornelius Scipio Barbatus in Gefangenschaft der Carthager gerathen war, gleichwohl aber der Sarg des Letzteren in dem monumentum Scipionum, einem sepulcrum gentilicium beigesetzt war, sowie daß wiederum Cic. de Leg. II, 22. das Beisetzen der der gens nicht Angehörigen in solches sepulcrum für nefas erklärt. Gleichwohl aber müßten doch die genannten Scipionen durch jene angebliche capitis dem. die Gentilität und damit die Theilnahme am sepulcrum verloren haben, da nach der Definition des Q. Muc. Scaevola Pontif. bei Cic. Top. 6, 29. jede capit. dem. die Gentilität vernichtet, und von einem Wiedererwerb derselben durch postliminium Scaevola Nichts besagt, was gleichwohl bei der anerkannten Genauigkeit jener Definition und bei der Häufigkeit der captivitas nicht ohne Willkür für ein Omissum erklärt werden kann. Ebenso ist auch für das ius publicum jene Frage von Wichtigkeit. Die das Privatrecht betreffenden Quellenstellen dagegen lassen sich nur in der Gesammtheit genügend würdigen, indem ein Herausgreifen Einzelner nutzlos ist. — Mit Obigem soll übrigens nicht in Abrede gestellt werden, daß vielleicht einzelne Juristen der mittleren Kaiserzeit jenes Verhältniß als cap. dem. max. wirklich aufgefaßt haben; allein die Hauptfrage ist für uns immer, welches die durch höhere Prämissen gegebene und in den einzelnen Folgewirkungen sich offenbarende normale dogmatische Construction des Verhältnisses ist.

die sich als einfache Consequenz aus der in Thl. II, §. 8. sq. ersichtlichen Darstellung ergeben, lassen sich aber nur gewinnen durch eine Verarbeitung des wahrhaft immensen Quellenmateriales, wofür gegenwärtig der Raum nicht annäherungsweise geboten ist.

---

## Beilage XI.

### Ueber den Begriff von peregrinus,*) und die damit verwandten Begriffe.

---

#### §. I.

Das Gefühl der Zusammengehörigkeit der Glieder eines staatlichen Gemeinwesens im Gegensatze zu den Nichtangehörigen hat zu allen Zeiten und Orten einen Ausdruck gefunden. Da nun jedes Wort der Träger eines bestimmten Begriffes, und jeder Begriff das Product einer eigenen Anschauung und Vorstellung ist, so ist es für den Historiker von hoher Wichtigkeit, den Sinn derartiger Worte festzustellen, weil er damit einen Faden gewinnt, der ihn in das Geistesleben und in die Anschauungsweise der vergangenen Zeiten hineinleitet und so einen Standpunkt ihm verschafft, von welchem aus die Orientirung innerhalb eines weiteren Gebietes ermöglicht wird. Wenden wir uns daher, von dieser Rücksicht geleitet, dem Römerthume zu, so vermögen wir hier für die verschiedenen Zeitalter des römischen Staats- und Volkslebens folgende drei verschiedene Begriffsgruppen zu reconstruiren:

A. 1. perduellis = der politische Feind;
2. hostis = der Fremde;[1])

---

*) Vergl. hierzu Heineccius, Antiqu. App. lib. I. c. 6. §. 134., Puchta, civilistische Abhandlungen I. §. 2., Beier, Excurs. XIII. ad Cic. de Offic.

1) Ad 1. u. 2. bieten Zeugnisse: Varro L. L. V, 1. p. 14. VII, 3. p. 335. Sp. Cic. de Off. I, 12. Fest. s. v. status dies p. 314. Macrob. Sat. I, 16. Gai. lib. 2. ad l. XII. Tab. (Dig. L, 16, 234. pr.), Serv. in Aen. IV, 424. Paul. Diac. s. v. hostis p. 102. Placid. s. v. agoniae p. 436. Vorkömmlich ist uns der Gebrauch dieses Begriffes hostis: in den XII Tafeln (s. bei Cic. l. c.), bei Plaut. Curc. I, 1, 5. Trin. I, 2, 65. Miles II, 5, 40.

3. peregrinus = der Auswärtige.

B. 1. perduellis[2]) und später maiestatis reus = der Hoch- und Staatsverräther;
2. hostis = der politische Feind;
3. peregrinus = der Fremde;
4. externus und dergl. = der Auswärtige.

C. 1. maiestatis reus = der Hoch- und Staatsverräther;
2. hostis = der politische Feind;[3])
3. barbarus oder gentilis = der Fremde;
4. peregrinus, oder externus, extorris und dergl. = der Auswärtige.

Die Aufgabe nun, die wir uns vorsetzen, geht dahin, festzustellen, welches die wesentlichen Merkmale des Begriffes hostis in der Bedeutung unter A, 1., sowie derjenigen Begriffe sind, die zu den verschiedenen Perioden durch den Ausdruck peregrinus repräsentirt werden. Nur beiläufig werden wir in §. VIII. den Begriff externus u. dgl. näher feststellen, wobei wir selbst als wesentliches Unterscheidungsmerkmal zwischen den Begriffen Fremder und Auswärtiger festhalten, daß dem ersteren Begriffe eine politische Beziehung inwohnt und derjenige darunter fällt, welcher in dem bestimmend ins Auge gefaßten politischen Gemeinwesen Mitglied nicht ist, während der Begriff Auswärtiger eine rein locale Beziehung hat und denjenigen bezeichnet, der an dem bestimmend ins Auge gefaßten Orte nicht anwesend ist. Ebenso werden die Begriffe bar-

---

(Ritsch.), Rud. II, 4, 21., Cinc. de Re Mil. V. (Gell. XVI, 4.), Horat. Epist. I, 15, 29., endlich in der Formel: hostis, vinctus, mulier, virgo exesto bei Paul. Diac. l. c. und im carmen Marcii bei Liv. XXV, 12, 9. Macrob. Sat. I, 17, 28.; in diesem nämlichen carmen findet sich auch perduellis. Dennoch bestreitet Benfey in Gött. gel. Anz. 1851. p. 752. solche unleugbare Thatsache.

2) Daneben auch in der Bedeutung von politischer Feind, so z. B. bei Cic. de Off. III, 29. Liv. XXXVIII, 50., sowie öfter bei Dichtern.

3) Daneben findet sich perduellis im Sinne von politischer Feind bei Gratianus, Valentin. u. Theodos. in C. Th. XI, 31, 7.; ebenso Gloss. Hildebr. p. 237.: perduelles, hostes, perduellio, elevatio; p. 229.: ostes, perduelles; Gloss. Maii, tom VIII. p. 64.: perduellis, ille pugil qui perseveranter perdurat in bello, unde Prudentius in Hymnis: venire in armis perduelles nuntiat; tom. VI. p. 539: perduellium, rebellatio aut hostilitas; tom. VIII. p. 470.; vergl. auch die Citate von Hildebrand l. c. ad 153. Macrob. Sat. I, 9, 18.

barus und gentilis in §. IX. X. in Betracht gezogen werden, während der Begriff perduellis, wie alle andern außer Betracht bleibt, obwohl jener immerhin von Wichtigkeit ist für die Bestimmung der ältesten Wesenheit des crimen perduellionis.

## §. II.

Eine Begriffsbestimmung von peregrinus giebt Savigny, System §. 66., und da bei dem bedeutenden Ansehen, in welchem mit vollstem Rechte dieser Rechtslehrer steht, dessen Autorität auf die classischen Alterthumswissenschaften zurückwirkt,[4]) so ist von einer Prüfung der von demselben gegebenen Begriffsbestimmung auszugehen. In dieser Beziehung aber sagt Savigny l. c. p. 38.: „Die ältere Eintheilung (der Menschen) lautete so: alle Menschen sind entweder Cives oder Peregrini; sie hatte für die Rechtsfähigkeit diese Bedeutung: die cives haben Conubium und Commercium, die Peregrinen entbehren Beides. So gefaßt ist der Begriff ganz negativ und er umfaßt dann auch die ganz rechtlosen Menschen, namentlich die Sclaven," sowie p. 41.: „Die neuere Eintheilung besteht aus folgenden drei Gliedern: Alle Menschen sind entweder Cives, oder Latini, oder Peregrini; sie setzt also eine dritte Classe in die Mitte zwischen die beiden Classen der älteren Eintheilung." Allein eine nähere Prüfung erweist diese Bestimmungen theils als irrig, theils ungenügend.

Zunächst die Irrthümer, die in diesen Aussprüchen obwalten, concentriren sich in den beiden Punkten, daß zuerst nicht die ältere Zeit, sondern die jüngste Periode des römischen Staatslebens und das eiserne Zeitalter der lat. Sprache unter peregrinus jeden Nichtbürger inbegreift, und daß es sodann unwahr ist, wenn man sagt, die Römer hätten die Latini als drittes Glied in die Begriffsreihe von cives und peregrini eingeschoben. Dagegen das Ungenügende in jenen Aussprüchen wird aus dem Nachfolgenden von selbst sich ergeben.

Wenn es nun selbstverständlich uns obliegt, die von uns ausgesprochene Mißbilligung vornämlich durch quellenmäßige Belege zu rechtfertigen, so wird es doch auch zur Verstärkung dieses unseres Beweises als nicht unangemessen zu gelten haben, wenn wir zuvor

---

4) So z. B. Becker, Handb. II, 1. p. 100.

von einem allgemeineren Standpunkte aus jene Ansicht ihrem inneren Werthe nach einer kurzen Prüfung unterziehen. Betrachten wir aber zu diesem Zwecke die Bevölkerung, welche von Alters her innerhalb des römischen Staatsgebietes sich bewegte, so vermögen wir allerdings eine doppelte Classe zu unterscheiden: die Bürger und die Nichtbürger, indem mit Rücksicht auf die Herrschaft des ius civile Romanorum über das Subject die Ersteren als die Mitglieder der Rechtsgenossenschaft, die Letzteren als die dieser Genossenschaft Fremden sich darstellen, wobei dann dieser letzteren Gruppe theils die Sclaven, theils die persönlich freien, aber des römischen Bürgerrechtes nicht theilhaften Unterthanen Roms, theils endlich die Bürger fremder souveräner Staaten einzuordnen sind. Diese Classification hat aber in der That auf den ersten Blick um so mehr Bestechendes, als deutlich erkennbar ist, wie das Nationalgefühl der Römer: die Empfindung ethnischer und politischer Zusammengehörigkeit gerade in der civitas sich concentrirte und ihren Schwerpunkt fand. Allein selbst bei gerechter Würdigung dieser Thatsache ergiebt doch eine nähere Prüfung, daß schwerlich dieses Nationalgefühl in einem rein negativen Gegensatze zum Bewußtsein und zum Ausdrucke sich entwickelte. Denn selbstverständlich haben wir der Annahme Raum zu geben, daß nur die Wahrnehmung irgend welcher durchgreifenden und stark hervortretenden Verschiedenheit zwischen Bürgern und Nichtbürgern, sowie einer nicht minder markirten Gleichheit in der Stellung der Letzteren das römische Volk zum Bewußtsein, zum Anerkenntnisse und zum Aussprechen jener Distinction veranlassen konnte, und daß demnach, mit Einem Worte, dem logischen Eintheilungsgrunde zugleich eine gewichtige empirische Bedeutung zukommen mußte. Gerade dies aber ist zu bestreiten. Denn dafern als dieser Eintheilungsgrund der Gesichtspunkt einer Theilnahme der in Betracht gezogenen Individuen am ius civile Romanorum gelten sollte, so würde die Exclusion der Peregrinen, die auf den ersten Blick eine gemeinsame ist, in Wahrheit nicht ein gemeinsames Merkmal für die Letzteren ergeben. Denn gerade für die älteren Zeiten des römischen Staates haben wir anzuerkennen, daß auch auf einzelne fremde Völker Rom durch Vereinbarung von conubium, commercium und recuperatio die civile Rechtsfähigkeit oder die Theilnahme am ius civile Romanorum übertrug, und da nun auch diese Letzteren erweislich den

Peregrinen beigezählt wurden (so die XII. Taf.: adversus hostem aeterna auctoritas und status condictusve dies cum hoste), so ergiebt sich hieraus, daß jene vorausgesetzte Gleichheit in der Stellung der Peregrinen gegenüber dem ius civile Romanorum in der That nicht obwaltete. Und gleiches Resultat gewinnen wir, wenn wir von dem Privatrechte ab unseren Blick dem ius sacrum zuwenden: denn die Clienten hatten z. B. Theil an den sacra gentilicia, das nomen Latinum auf Grund des foedus Cassianum Theil an den feriae Latinae, während andere Nichtbürger wieder von jeder sacralen Gemeinschaft mit Rom ausgeschlossen waren. Ja selbst auf dem Gebiete des Staatsrechtes waltet solche Verschiedenheit ob, indem z. B. die Clienten ganz unzweideutig als dienende Glieder des Staatsorganismus erscheinen, das nomen Latinum mit dem pop. Rom. Quir. ein gemeinsames Heer bildet, gemeinsame concilia hat u. dgl. m.

Allein auch abgesehen hiervon, so walten in der Stellung der obbezeichneten Unterarten der vermeintlichen Peregrinen so wesentliche Verschiedenheiten ob, daß solche schwerlich der Wahrnehmung sich hätten entziehen können. Denn zunächst die Sclaven befinden sich im Zustande der Rechtsunfähigkeit nicht allein gegenüber dem ius civile, sondern auch gegenüber allem und jedem Rechte; ihre Stellung characterisirt sich daher als absolute Rechtslosigkeit. Sodann die ältesten freien Unterthanen der römischen Nation, die Clienten sind für ihre Person zwar ebenfalls schlechthin rechtsunfähig, allein der wirklichen Rechtlosigkeit wird bei ihnen vorgebeugt durch das Medium des Patronus, daher ihnen gegenüber dem ius civile eine mittelbare Rechtsfähigkeit beizumessen ist. Dagegen die freien Unterthanen Roms in der späteren Zeit und insbesondere die Provinzialen sind vollkommen rechtsfähig nach dem von Rom ihnen verliehenen Provinzialrechte, daher, weil nur rechtsunfähig bezüglich des ius civile, lediglich relativ rechtlos, gegenüber nämlich dem ius civile. Und gleiche relative Rechtlosigkeit haben wir endlich auch den Bürgern der fremden souveränen Staaten im Allgemeinen beizumessen, da auch diese einerseits theilhaft ihres ius civile peregrinorum, andrerseits rechtsunfähig nach ius civile Romanorum sind.

Wohin daher immer auch wir den Blick wenden, nirgends entdecken wir ein Merkmal, welches für alle jener angeblichen

Peregrinengruppe anheimfallenden Individuen gleichmäßig ein Merkmal von durchgreifender practischer Wichtigkeit ergäbe, und indem somit der Eintheilungsgrund mangelt, der allein für das römische Volk bei jener Classification hätte bestimmend sein können, so müssen wir damit auch die Möglichkeit solcher Eintheilung in dem vorausgesetzten obigen Sinne schlechthin in Abrede stellen.

## §. III.

Indem unsere Betrachtung der Quellen zunächst dem Begriffe hostis in seiner ältesten Bedeutung von Fremder sich zuwendet, so finden wir vor Allem, wie die Alten selbst das Wort von hostire ableiten, und diesem wiederum den Begriff von aequare beilegen. Dies bezeugen

Festus p. 314. M.:

> Status dies cum hoste vocatur, qui iudici causa est constitutus cum peregrino. Eius enim generis ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo R., atque hostire ponebatur pro aequare;

Id. p. 270.:

> Redhostire, referre gratiam. — — Nam et hostire pro aequare posuerunt. Ennius in Cresphonte: „Audi atque auditis hostimentum adiungito;“ et in Hectoris lystris: „quae mea cominus machaera atque hasta hostibit e manu;“ et Pacuvius in Teucro: „Nisi coërceo protervitatem atque hostio ferociam.“ [5])

Nicht minder findet sich die Gleichheitserklärung von hostire und aequare in Gloss. Hildebr. s. v. adplanat p. 4., s. v. hostit p. 163. und in den das. citirten Gloss. Isid. s. v. p. 682., Gloss. Mai. s. v. tom. VI. p. 527., tom. VIII. p. 271. 277., Gloss. Amplon. s. v. p. 337., Gloss. Plac. s. v. hostita, [6]) sowie auch Gloss. Isid. p. 668.:

> Hostire, par pari referre.

Endlich gehört hierher Paul. Diac. p. 102.:

> Hostimentum, beneficii pensatio;

---

5) Bei Non. Marc. s. v. hostire p. 83.: Nisi coercuero protervitatem atque hostio ferociam.

6) Anders Paul. Diac. s. v. hostia p. 102.: hostire, ferire; Non. Marc. p. 83.: hostire est conprimere, recedere; p. 118.: redhostit, redit.

Non. Marc. p. 2. G.:

Hostimentum est aequamentum; unde et hostes dicti sunt, qui ex aequa causa pugnam ineunt; Plautus Asinaria: „Par pari hostimentum datum est: opera pro pecunia.“ 7) Unde et hostire dicitur; idem in eadem: „Quin promitto, inquam, hostire contra, ut memineris,“ 8) id est aequa reddere;

Serv. in Aen. II, 156.:

Hostia vero victima, et dicta, quod Dii per illam hostientur (leg. hostiantur) i. e. aequi et propitii reddantur, unde hostimentum aequationem;

Placidus s. v. agoniae p. 436.:

Hostiae autem aeque ab hostimento, id est aequamento; wozu vergl. August. C. D. IV, 8. und L. Attius, Athamas bei Non. Marc. s. v. grave p. 215. fin. G., wo statt: veneficius gravem hostium peperisti et grave zu lesen ist: beneficiis egregiis hostimentum peperisti grave (ex coni. Grotii) oder beneficiis hostimentum peperisti gratum et grave (ex coni. Bergkii).

Alle diese Momente ergeben aber die doppelte Thatsache, daß von Vorn herein einmal dem Begriffe hostis durchaus nicht das Merkmal des Feindseeligen inliegt, und daß sodann zweitens hostis den den Römern Gleichen, somit den politisch Freien und Gleichen oder den Bürger des fremden souveränen Staates bezeichnet.

Das Erstere dieser beiden Momente ergiebt sich aber auch überdem nicht nur aus dem Gebrauche von hostis für hospes, wofür zeugt Serv. in Aen. II, 424.:

Nonnulli autem iuxta veteres hostem pro hospite dictum accipiunt; Plautus in Curculione (I, 1, 5.): „Si status condictus cum hoste intercedit dies.“ — — Inde nostri hostes pro hospitibus dixerunt; nam inimici perduelles dicebantur;

sondern namentlich auch aus dem Sprachgebrauche der XII Tafeln, indem in den beiden Gesetzen, in denen hostis sich findet, 9) darunter

---

7) Asin. I, 3, 20.: Par pari datum hostimentu' est: opera pro pecunia, in der Ausgabe von Schmieder.

8) Asin. II, 2, 109., aber statt memineris mit Recht merueris; so auch in Gloss. Mai. VIII. p. 271.

9) D. h. unzweifelhaft feststeht; denn ich sehe kein Bedenken auch für das Gesetz: qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit etc. (Dirksen XII T. fr. IX, 5.) den Ausdruck hostis als original festzuhalten.

nothwendig der Bürger einer mit Rom föderirten civitas verstanden werden muß.

Dagegen der Zweite jener beiden Momente wird besonders bezeugt[10]) von Varro L. L. V, 1.:

Tum eo verbo dicebant peregrinum, qui suis legibus uteretur;

Fest., s. v. status dies p. 314.:

Eius autem generis (i. e. peregrini) ab antiquis hostes appellabantur, quod erant pari iure cum populo R.;

Placidus, s. v. agoniae p. 436.:

Antiqui etiam peregrinos et pari iure viventes hostes dicebant.

Denn die in diesen drei Stellen sich vorfindenden gleichbedeutenden Bezeichnungen: suis legibus uti, pari iure esse und pari iure vivere werden in ihrer prägnanten und technischen Bedeutung klar durch das von uns in Thl. II. §. 56. Ausgeführte: der Ausdruck ius bezeichnet in jenen Verbindungen nicht das gegebene Particularrecht des betreffenden Volkes, sondern als concretum pro abstracto das legislative Hoheitsrecht selbst, und dieses wiederum erscheint dabei nach antiker Anschauung in letzter Instanz nur als der metaphysische Repräsentant des Souveränitätsbegriffes. Gleichwie daher die populi qui suis legibus utuntur die souveränen Staaten und der peregrinus qui suis legibus utitur der Bürger solchen souveränen Staates ist, so sind die populi qui pari iure cum populo Romano sunt oder vivunt die Nationen, welche gleiche Souveränität wie der populus Romanus genießen, im Gegensatze zu den populi in potestate alterius civitatis oder den populi dediticii.

Aus Alle dem aber ergiebt sich auf das Unzweideutigste, daß hostis in seiner ältesten Bedeutung von peregrinus entschieden nicht alle Nichtrömer unter sich begriff, vielmehr einzig und allein die Bürger von fremden souveränen Staaten, mochten diese nun in Vertrags-, oder Kriegs- oder keinerlei politischen Verhältnissen mit Rom stehen. Dagegen perduellis war besondere Bezeichnung von

---

Es bietet dieses Gesetz den Thatbestand der perduellio, die durch Aufreizung einer fremden Macht wieder Rom und durch Ueberlieferung des civis an Peregrine consumirt wurde.

10) Als unbeachtlich hat zu gelten die Etymologie bei Non. Marc. p. 2. cit.: hostes, qui ex aequa causa pugnam ineunt.

Individuen, die unter dem allgemeineren Begriffe hostes bereits mit inbegriffen waren.

§. IV.

Daß neben dem Begriffe hostis in der in §. III. festgestellten Bedeutung der Ausdruck peregrinus der lateinischen Sprache bekannt gewesen, haben wir keinen Grund zu bezweifeln; vielmehr weisen die XII Tafeln, indem sie in dem Gesetze:

Tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant (Dirksen XII Taf. fr. III, 6.)

des Ausdruckes peregre sich bedienen, sehr deutlich auf das Gegentheil hin. Diesfalls aber ergiebt zugleich die Wortverbindung, in welcher peregre hier erscheint, den Sinn dieses und damit des Wortes peregrinus: jenes, das peregre bedeutet auswärts, und bezeichnet damit das außerrömische Gebiet, während dieses, das peregrinus nur den im Auslande Befindlichen bezeichnen kann, so daß wir hier einen Begriff mit rein localer Beziehung vorfinden, während hostis eine politische Beziehung in sich trug.

Und in diesem Sinne ist peregrinus meines Erachtens uns überliefert in der auguralrechtlichen Classification des ager, wie wir solche bei Varro, L. L. V, 4. pag. 34. Sp. V, 33. M. finden:

Ut nostri Augures publici disserunt, agrorum sunt genera quinque: Romanus, Gabinus, Peregrinus, Hosticus, Incertus. Romanus dictus, unde Roma, ab Romulo. Gabinus ab oppido Gabis. Peregrinus ager pacatus, qui extra Romanum et Gabinum, quod uno modo in his secuntur auspicia. Dictus peregrinus a pergendo, id est a progrediendo: eo enim ex agro Romano primum progrediebatur; quocirca Gabinus quoque peregrinus, sed quod auspicia habet singularia, a reliquo discretus. Hosticus dictus ab hostibus. Incertus is ager, qui de his quatuor qui sit, ignoratur.

Denn der Sinn dieser Stelle ergiebt, daß wir selbst vom Standpunkte der antiken Augurallehre den gesammten ager zerlegen dürfen in den zur römischen Staatsmark gehörigen ager, wofür eine gemeinsame auguralrechtliche Bezeichnung fehlte,[11]) in die

11) D. h. dem Auguralrechte fehlt überhaupt der einheitliche Begriff des römischen Staatsgebietes und demgemäß auch der entsprechende technische Ausdruck; ihm ist vielmehr das röm. Staatsgebiet eine rechtliche Dreiheit: ein ager

Gemarkungen der fremden Staaten: ager hosticus, und in diejenige Mark, bezüglich deren entsprechender Qualität Zweifel obwalten: ager incertus. Die römische Staatsmark selbst aber zerfällt wiederum theils in die ursprüngliche, die alte romulische Mark: ager Romanus, theils in diejenige römische Mark, welche, ursprünglich zu fremden Staaten gehörig, diesen aber abgenommen und zur römischen Staatsmark geschlagen worden war: ager peregrinus, von welchem noch besagt wird, daß er den ager Romanus von Außen umgebe (eo enim ex agro Romano primum progrediebantur); theils endlich gehört hierher noch der ager Gabinus, d. i. derjenige Theil der gabinischen Mark, welcher an Rom von Gabii abgetreten war; denn wenn auch dieser ager Gabinus der Sache nach lediglich ein ager peregrinus ist (Gabinus quoque peregrinus), so ist doch vom auguralrechtlichen Gesichtspunkte dessen besondere Prädicirung dadurch gerechtfertigt, daß derselbe seine besonderen Auspicien hat, die verschieden sind von denen, welche dem ager peregrinus insgemein zukommen. Und wenn nun durch diese Interpretation jene Stelle erst einen angemessenen und einen befriedigenderen Sinn erhält, als solchen noch Marquardt, Handb. IV. p. 353. ihr beilegt, so stimmt diese Deutung auch allenthalben mit den Worten Varro's auf das Vollkommenste überein; und gleichzeitig ersehen wir damit, daß peregrinus lediglich jene rein locale Bedeutung hat, welche von Varro durch progredi und pergredi angedeutet, in Wahrheit die Mark nur mit Rücksicht auf ihre selbstständige Stellung neben dem ager Romanus und auf ihr Ausgeschlossensein von diesem als auswärtige prädicirt, während dem ager Gabinus wiederum mit Rücksicht auf seine frühere staatsrechtliche Zubehörigkeit an Gabii diese besondere Prädicirung belassen ist. Dagegen hosticus ist in dem durch §. III. gegebenen Sinne zu fassen und somit der ager hosticus als Mark eines jeden fremden souveränen Staates hinzunehmen.[12])

---

Romanus, peregrinus und Gabinus. Anders verhält sich dies für das Staatsrecht selbst: hier ist das römische Staatsgebiet eine juristische Einheit und dieser entspricht als technische Bezeichnung ebenfalls ager Romanus. Allein in diesem Ausdrucke ist jene doppelte Bedeutung, die auguralrechtliche und die staatsrechtliche streng zu scheiden und dann gewinnen auch ein neues Licht die Stellen bei Becker, Handb. I. p. 83. sq. 97.

12) Eine ungenügende Kenntniß des Auguralrechtes beweist Fest. p. 245.:

§. V.

Eine spätere Zeit erhob das Wort peregrinus, woneben auch pereger zu Tage tritt, [13]) zum Repräsentanten desjenigen Begriffes, den bisher das Wort hostis vertreten hatte, während dieses wiederum zur Bezeichnung des politischen Feindes herabgedrängt wurde. Als der Zeitpunkt, in welchem diese Metamorphose vor sich ging, ist der Uebergang vom fünften zum sechsten Jahrh. d. St. anzuerkennen: denn bereits Cicero und Varro messen den ursprünglichen Sprachgebrauch den veteres bei, und bei Plautus haben wir die letzten natürlichen, aber bereits dichterischen Ausläufer des alten Sprachgebrauches anzuerkennen. Somit ward daher der sprachliche Umfang des Ausdruckes hostis beschränkt und auf diejenige Besonderheit reducirt, die bisher das Wort perduellis im Besonderen vertrat, während dem Ausdrucke peregrinus ein neuer Begriff mit politischer Beziehung untergelegt ward. Diese Thatsache regt aber die Frage an, ob solche Begriffsverschiebung als Manifestation einer zu Rom sich bewerkstelligenden Sitten- und Sinnesmilderung betrachtet werden könne, wie dies in der That mehrfach behauptet worden ist. In dieser Beziehung nun läßt sich allerdings nicht verkennen, daß die bestimmenden Ursachen und die metaphysischen Motive, welche ein Volk zu derartigen Begriffs-Verschiebungen oder -Vertauschungen zu bestimmen vermögen, der verschiedensten Art sein können, und daß daher ein bestimmtes Urtheil in dieser Beziehung fast niemals mit voller Sicherheit möglich sein wird. Allein im vorliegenden Punkte, wo wir deutlich zu erkennen vermögen, wie parallel mit jenen Begriffsverschiebungen auch eine Veränderung empirischer Verhältnisse, wie doctrineller Regeln sich

---

peregrinus ager est, qui neque Romanus, neque hostilius (leg. hostilis) habetur; während bezüglich der Schede p. 253.: [peregrinus ager secundum Augures] publicos est [ager pacatus extra Roman. et Gabin., qui usu] et iure Augurum [a peregrino discernitur] Nichts der Ergänzung Müllers widerstreitet, wenn immer auch nicht zu viel Gewicht darauf gelegt werden darf.

13) Vergl. die bei Forcellini citirten Stellen, unter denen auch Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XVII, 1.) und dazu Gloss. Hildebr. s. v. p. 238. und s. v. hospis p. 163. Gleichbedeutend mit peregrina sagen die tab. honest. miss. bei Zell, Epigraphik II. p. 329. no. 40. u. 42.: femina peregrini iuris, eine Ausdrucksweise, die sich durch die in Thl. II. §. 6. u. 11. gegebenen Voraussetzungen erklärt; ebenso Gai. Inst. I, 128.: peregrinae homo condicionis.

bewerkstelligt, da dürfen wir allerdings hohe Wahrscheinlichkeit der Ansicht vindiciren, daß, wenn auch nicht als Ursache, so doch als Folge der eingetretenen Milderungen im Zustande der Peregrinen jene Begriffsverschiebung sich bewerkstelligte: indem die Volksanschauung diejenigen Thesen, welche die Theorie an die Qualität als hostis im alten Sinne knüpfte, auf den hostis im jüngeren Sinne beschränkte (Thl. II. not. 23 a), so setzte sie Hand in Hand mit dieser materialen Umwandlung auch eine formale Aenderung ins Werk, indem die alte Verbindung zwischen jenen theoretischen Thesen und dem Ausdrucke hostis beibehalten, dagegen der durch Letzteren von Alters repräsentirte Begriff in einer jenen Tendenzen entsprechenden Weise verschoben wurde. Und wenn nun diese Annahme, wie bemerkt, einen höheren Grad von Wahrscheinlichkeit für sich haben dürfte, so ist nun auch der Gewinn, den die Wissenschaft davon machen kann, ein höchst bedeutender: denn wir gewinnen dadurch einen chronologischen Bestimmungspunkt, der zur Unterstützung übereinstimmender chronologischer Daten in Thl. II. §. 77. uns förderlich war.

Sodann aber ist fernerweit anzuerkennen, daß die Consequenzen jener Begriffsverschiebung von practischer Wichtigkeit sein mußten. Denn es konnte nicht ausbleiben, daß vielfach die doctrinellen und legislativen Sätze, die bezüglich des hostis im alten Sinne statuirt waren, in dieser formalen Verbindung auch nach jenem metaphysischen Umwandelungsprocesse belassen und damit denselben eine völlig neue Beziehung gegeben wurde. Ein Beispiel hierfür bietet das XII Tafelgesetz, dessen Inhalt dahin referirt wird:

Eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri;

denn indem in diesem Referate der Ausdruck hostis als original zu nehmen sein dürfte (s. not. 9), und demgemäß die XII Tafeln als Perduellion es ahndeten, wenn der Bürger der Peregrinen als Mittel zu einem feindseeligen Handeln gegen Staat oder Mitbürger sich bediente, so hielt die spätere Legislation und Rechtstheorie an dem Ausdrucke hostis fest und knüpfte damit das maiestatis crimen an ein entsprechendes Handeln in Bezug auf den politischen Feind an.[14])

14) Vergl. z. B. Marcian. lib. 14. Inst. (Dig. XLVIII, 4, 3.), Scaevola lib. 4. Regul. (Dig. cit. l. 4.). Beiläufig bemerke ich, daß die nämliche

## §. VI.

Wenden wir uns nun zur Feststellung des neuen Begriffes von peregrinus, so haben wir davon auszugehen, daß von Vorn herein auch hinter der Bezeichnung peregrinus der nämliche Begriff festgehalten wurde, der von Alters her durch den Ausdruck hostis repräsentirt war, d. h. die Begriffe verschoben sich zwar, bleiben aber an sich zunächst die nämlichen, die sie bisher waren. Diese Thatsache ist so entsprechend den Wahrnehmungen, welche in anderer Beziehung auf gleichem Gebiete uns entgegentreten, daß ein Zweifel gegen deren Wirklichkeit nicht begründet erscheinen kann (vgl. auch Gai. Inst. I, 79. 197. 198. infr. cit.). Wohl aber trat im Laufe der Zeit eine Erweiterung des alten Begriffes peregrinus dahin ein, daß neben den Bürgern fremder souveräner Staaten der Sphäre jenes Ausdruckes auch die Glieder von Völkern überwiesen wurden, welche nicht souverän, vielmehr in potestate des römischen Staates waren. Für diese Umwandlung des Begriffes bietet schlagende Beweise Gai. Inst. I, 193.:

> Aput peregrinos non similiter ut aput nos, in tutela sunt feminae; set tamen plerumque quasi in tutela sunt: ut ecce lex Bithynorum etc.

indem hier die Bithyni, somit römische Provinzialen den peregrini beigezählt werden; und nicht minder sodann Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXII, 2. u. XX, 14.):

> Dediticiorum numero heres institui non potest, quia peregrinus est; und: Qui dediticiorum numero est, — nec — testari potest, cum sit peregrinus;

ingleichen auch die lex Aelia Sentia nach Gai. Inst. I, 13., sowie Gai. l. c. §. 14. selbst in der Bezeichnung peregrini dediticii, indem hier die dediticii Aeliani, deren Stellung auf der Theorie von den staatsrechtlichen dediticii beruht (Thl. II. §. 101), in gleicher Weise den peregrini beigezählt werden. Und in gleichem Sinne, daß nicht bloß cives souveräner Staaten, sondern auch Provinzialen und dediticii Aeliani inbegriffen sind, dürfen wir auch den Ausdruck hinnehmen in den tab. honest. miss. in not. 13. [feminae peregrini iuris], sowie bei Gai. Inst. I, 56. 67. sq. 90. sq.

---

Verbindung der zwei Begriffe, die wir bezüglich des Ausdruckes hostis als eine successive erkannten, wie es scheint als simultane in dem Worte ἀντίπαλος wiederkehrt; denn auch dieses bezeichnet den Gleichen, wie den Feind.

II, 40. III, 132—134. Ulp. lib. sing. Reg. (fr. X, 3.) u. a. m., worüber vergl. Brisson. de V. S. s. v.; s. auch Thl. II. not. 846a. Nicht aber wiederstreiten solcher Begriffsbestimmung Stellen wie Gai. Inst. I, 25.:

Hi vero qui dediticiorum numero sunt, nullo modo ex testamento capere possunt, non magis, quam qui liber peregrinusque est,

indem hier nicht der peregrinus schlechthin, sondern der liber peregrinusque, d. i. der liber peregrinus dem dediticius gegenübersteht, hierunter aber, indem libertas im völkerrechtlichen Sinne zu fassen ist (vgl. Thl. II. §. 57.), der Bürger eines liber populus d. i. eines souveränen Staates verstanden werden muß.

Daß dagegen auch der servus unter den peregrini mit inbegriffen worden sei, wird namentlich widerlegt durch Cic. in Verr. II, 4, 35, 77.:

Repertum esse scitote neminem, neque liberum neque servum, neque civem neque peregrinum;

de Orat. I, 38, 173.:

Quare demum civis aut peregrinus, servus aut liber quispiam sit;

wozu vergl. de Off. I, 34, 124. 125. de Rep. I, 43. p. Balb 24, 55. u. a. m. Ja es ist diese Ausschließung der servi von dem Begriffe peregrini mit absoluter Nothwendigkeit dadurch geboten, daß die Classification von cives und peregrini eine Eintheilung nicht der Menschen, sondern der freien Menschen: der Rechtssubjecte ist, wie dieß aus zahlreichen Stellen erhellt, und so z. B. aus Gai. Inst. III, 93., wo die der Stipulation fähigen Subjecte in cives Romani und peregrini eingetheilt werden, sowie Inst. III, 132., wo Gaius den peregrini die Rechtsfähigkeit bezüglich der arcaria nomina beimißt u. dgl. m. Denn aus Alle dem erhellt, daß die peregrini, indem sie den Gegensatz bilden zu den cives, die servi nicht mit inbegreifen, vielmehr peregrini und cives gemeinsam dem Begriffe der liberi sich unterordnen und in dieser Unterordnung den Gegensatz zu den servi bilden, worauf auch das gaianische Institutionensystem deutlich hinweist; vergl. Böcking, Inst. I. Anh. VI. Ja ein Argument in dieser Beziehung bietet auch die lex Serv. c. 23.:

Sei quis eor[u]m quei ceivis romanus non erit,

insofern dieselbe, wenn peregrinus jeden Nichtrömer bezeichnet hätte, gesagt haben würde: qui peregrinus non erit, anstatt der Umschreibung: qui civis Romanus non erit sich zu bedienen.

Nach Alle dem können wir daher den Begriff peregrinus, dahin feststellen: der persönlich freie, der römischen Civität nicht theilhafte Mensch.

Allein daß auch noch der alte Begriff von peregrinus, wie solcher ursprünglich durch den Ausdruck hostis repräsentirt ward, sich forterhielt, ersehen wir z. B. aus Gai. Inst. I, 197. 198.:

> Idem aput peregrinas gentes custodiri superius indicavimus.
> Ex iisdem causis et in provinciis — — curatores dari voluit;

indem hier die Provinzialen von den peregrini ausgeschlossen erscheinen; und Gleiches gilt von Gai. Inst. I, 79.:

> — — sed etiam qui Latini nominantur; sed ad alios Latinos pertinet, qui proprios populos propriasque civitates habebant et erant peregrinorum numero;

denn indem Gaius hier die Prädicirung der alten Nationallatinen darauf fundirt, daß dieselben proprios populos und proprias civitates hatten, somit also liberae civitates waren; indem er ferner auf Grund der Deficienz dieses Momentes bezüglich der Latini Iuniani und colonarii die Letzteren nicht dem peregrinorum numerus beizählt; so vermögen wir aus Alle dem mit Sicherheit zu erkennen, wie auch in dieser Stelle, der alte Begriff von peregrinus noch bestimmend nachwirkte; vgl. Thl. II. §. 95.

## §. VII.

Die Wesenbestimmung von peregrinus in §. VI. ergiebt, daß in der zweiten Periode die Eintheilung der freien Menschen in Bezug auf deren Rechtsfähigkeit eine zweigliedrige war und in dem Gegensatze von civis Romanus und peregrinus vollständigst erschöpft wurde. Die Wahrheit dieser Bemerkung erhellt aber nicht allein aus den in §. VI. mitgetheilten Stellen des Cicero, sondern auch daraus, daß auch in noch zahlreichen anderen Beziehungen jene dichotomische Eintheilung wiederkehrt. So wird die Jurisdiction zu Rom officiell eingetheilt in eine iurisdictio urbana und peregrina, deren Erstere, wiederum officiell, umschrieben wird durch iurisdictio inter cives, während die Letztere bezeichnet wird als iurisdictio inter peregrinos oder inter cives et peregrinos (Thl. II.

not 164.); sodann finden wir gleichen Gegensatz bei Gai. Inst. III, 93.:

Inter omnes homines: sive cives Romanos, sive peregrinos;

und ebenso in I, 128. (civis Romanus — peregrinae condicionis homo), §. 193. (nos — peregrini), II, 40. (populus Romanus — peregrini), sowie bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. X, 3.):

Neque autem peregrinus civem Romanum, neque civis Romanus peregrinum in potestate habere potest,

und ebenso in XX, 14. (civis Romanus — peregrinus).

Bestätigen daher alle diese Aussprüche die Richtigkeit unserer obigen Bemerkung, daß auch die gegenwärtige Periode die Eintheilung der freien Menschen in cives und peregrini als eine ausschließende anerkannt und festgehalten habe, so ist es nun unabweisbare Consequenz, daß unter dieser Classification auch die Latini dieser Zeit inbegriffen wurden und daß dieselben, da sie cives entschieden nicht waren, dem Begriffe peregrinus mit untergeordnet sein mußten.

Gegenüber diesem vollständigst unantastbaren Resultate könnten nun einige Stellen zu Bedenken Veranlassung geben, in denen neben cives und peregrini auch die Latini besonders erwähnt werden, und zwar in einer doppelten Beziehung, nämlich da, wo

a. die civile Rechtsfähigkeit in Bezug auf conubium und commercium behandelt wird, was der Fall ist bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 4. u. XIX, 4.), sowie da, wo

b. das römische Eherecht vorgetragen wird, was der Fall ist bei Gai. Inst. I, 56. 57. 67. sq. 95. u. Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 8. 9.).

Auf diese Stellen nun hat Savigny, System II. p. 41. die Behauptung gestützt, daß die Römer die Menschen in Bezug auf die Rechtsfähigkeit in cives, Latini und peregrini eingetheilt und diese Classification darin ihren bestimmenden Gesichtspunkt gefunden habe, daß die cives conubium und commercium, die Latini commercium ohne conubium, die peregrini aber Keines von Beiden hatten. Allein fassen wir zunächst diesen letzteren Moment ins Auge, so ergiebt sich dessen Unrichtigkeit schon daraus, daß in unserer gesammten juristischen, wie nicht juristischen Quellenlitteratur auch nicht eine einzige Stelle sich vorfindet, wo die Stufenleiter von conubium und commercium, commercium ohne conubium und Mangel von conubium und commercium irgend welcher

Erörterung oder Betrachtung zu Grunde gelegt und darauf eine Classification der Rechtssubjecte gestützt worden wäre, da vielmehr conubium und commercium in den unter a bezogenen Stellen lediglich als besondere Privilegien und bei Gelegenheit einer nach anderen Gesichtspunkten bestimmten Erörterung erwähnt werden. Daher ist jenes ganze Schema mit seiner potenzirten Ordnung von conubium und commercium, commercium ohne conubium und Mangel von Beiden gar nicht als ein classisches und antikes anzuerkennen, vielmehr als ein rein modernes zu bezeichnen, welches ohne allen und jeden Grund und ohne die nur entfernteste Berechtigung dem Alterthume selbst untergeschoben und für ein dessen Anschauungsweise bestimmendes erklärt wird. Und wie nun hiermit schon sich erkennen läßt, daß es dem Alterthume gar nicht beikommen konnte, eine allgemeine Classification der Menschen in cives, Latini und peregrini aufzustellen, weil hierfür jedes fundamentum dividendi fehlt, da das dafür sich bietende Fundament eben nur Product moderner Anschauung ist, so finden wir nun auch in der That, daß mit Ausnahme der Fälle, wo die besondere Beschaffenheit des behandelten Stoffes selbst zu jener Nebeneinanderstellung hinleitet, dieselbe nirgends in den Quellen uns entgegentritt. Daher dürfen wir in Wahrheit das Urtheil abgeben, daß in den Stellen unter a. und b. lediglich der durch das Recht selbst gegebene Gedankenstoff und die Besonderheit der behandelten Materie es ist, welche jene Nebeneinanderstellung von Latinus und peregrinus bedingte, und daß demnach gegenüber der wahrhaft allgemeinen und abstract maaßgebenden Dichotomie von civis und peregrinus der Ausdruck Latinus neben peregrinus lediglich das Besondere neben dem Allgemeinen vertritt, so daß daher hier allenthalben peregrinus nur zu fassen ist in dem Sinne von alius peregrinus, reliqui peregrini u. dgl. Es ist somit in der That lediglich die in einzelnen Punkten obwaltende Besonderheit des die Latinen betreffenden Rechtes und das hierdurch bedingte jeweilige Interesse des Redenden, welches veranlaßte, neben den peregrini auch die Latini als die Species neben dem Genus hervorzuheben; nicht aber wird hierdurch allein schon eine neue staatsrechtliche Classification der freien Bewohner des römischen Reiches begründet und eine abstracte Eintheilung aufgestellt, welche die größten Verwirrungen und Unklarheiten in ihrem Gefolge haben würde, sobald dieselbe als wirklich systematische

anerkannt und nicht lediglich als eine rein concrete aufgefaßt wird, die nur durch die besondere Beschaffenheit der Materie selbst veranlaßt und bedingt ist. Und den sichersten Beweis für die Richtigkeit dieses unseres Urtheiles bietet die Parallele, welche die lex agraria (Thoria) von 643. c. 14. liefert:

> Quod quoieique — — ceivi] romano facere licebit, item latino peregrinoque, quibus M. Livio L. Calpurnio [cos. agrum publicum populi romanei possidere ex lege pleb]eive sc. exve foedere licuit, — — facere liceto;

denn wenn Niemand nur mit einem Scheine des Rechtes bestreiten kann, daß die souveränen latinischen Staaten der Periode vor den leges de civitate von 664 und folg. zu den peregrini gehörten, wie dies zum Ueberfluß auch Gai. Inst. I, 79. bezeugt, und daß ferner dieselben in jener Periode in der That auch den peregrini beigezählt wurden, so ist es nun einzig und allein jene stoffliche Rücksicht, welche veranlaßte, in jener lex agraria die Latini neben den peregrini zu nennen, bedingt nämlich dadurch, daß den Latini in Folge des foedus Cassianum eine besondere Stellung gegen Rom zukam, die den Peregrinen im Allgemeinen fremd war. Und es waltet daher hier allenthalben genau die nämliche Rücksicht ob, wie bei der Formel socii nomenve Latinum, daher ebensowenig, als hierauf eine logische Eintheilung sich stützen läßt, in welcher die Latini ein coordinirtes Glied zu den socii bilden, ebensowenig auch die Latini in die Begriffsreihe von cives und peregrini sich einordnen lassen. Und wollten wir, der von Savigny eingeschlagenen Bahn folgend, eine logische Eintheilung allenthalben da substituiren, wo die besondere Beschaffenheit des juristischen Stoffes zu einer Aufzählung verschiedener Classen der Bevölkerung hinleitete, so würden wir in der That zu den auffälligsten Resultaten gelangen, und wir würden z. B. den Römern eine Classification der freien Menschen in cives, Latini, dediticii und peregrini beizumessen haben, da ja Ulp. lib. sing. Reg. (fr. VII, 4.) sagt:

> Civis Romanus Latinam aut peregrinam aut eam, quae dediticiorum numero est,

oder eine Classification in cives, Latini und dediticii, worauf hinweist Ulp. l. c. (fr. XXII, 2. 3.), Gai. Inst. III, 74. sq. I, 12. u. dgl.

Vielmehr haben wir nach Alle dem auch für die zweite Periode an dem Satze festzuhalten: die Römer classificirten mit Rücksicht

auf die Rechtsfähigkeit des Subjectes die Menschen in cives und peregrini, und diese Eintheilung ist die einzig abstract maaßgebende und wahrhaft logisch allgemeine; dagegen alle übrigen Classificationen, welche noch weitere Eintheilungsglieder in jene Begriffsreihe einzuschieben scheinen, sind lediglich durch die Besonderheit des behandelten juristischen Stoffes bedingt, daher in jener Ordnung rein concreter Beschaffenheit und demnach in dem Sinne aufzufassen, daß neben den peregrini, als dem Genus, noch einzelne Unterarten derselben als Species besonders erwähnt und um jener concreten Rücksichten willen hervorgehoben werden.

## §. VIII.

Neben den Begriffen hostis und peregrinus begegnen wir endlich in den Quellen dieser Periode auch den Ausdrücken: exterus, externus, extraneus, exterraneus. Diesen Begriffen wohnt indeß von Vorn herein keinerlei politische Beziehung inne, vielmehr enthalten dieselben lediglich eine locale Beziehung, indem sie den Auswärtigen im Gegensatze zum Inländer, und jenes in der doppelten Richtung bezeichnen, daß sie unter dem Auswärtigen ebensowohl denjenigen verstehen, der von Außen her stammt und kommt, wie denjenigen, der draußen sich befindet und aufhält. Und in dieser Bedeutung kommen diese Worte auch in der nächsten Periode noch vor, worüber allenthalben vergl. Brisson. de V. S., Forcellini und die Glossarien s. v. v.

Doch gewinnen auch diese Worte eine juristische Bedeutung auf dem Wege, daß sie in eine Beziehung gesetzt werden zu Gemeinheiten und nunmehr denjenigen bezeichnen, welcher der in das Auge gefaßten Gemeinheit nicht angehört; in diesem Sinne findet sich der Ausdruck z. B. bei Florentin. lib. 10. Instit. (Dig. XXVIII, 5, 49. §. 1.):

> In extraneis heredibus illa observantur, ut sit cum eis testamentifactio,

wo extranei heredes jeden zum Erben eingesetzten Nichtbürger bezeichnet; ferner bei Gai. Inst. II, 218.:

> Si extraneo legatum fuerit (sc. per praeceptionem), inutile est legatum,

wo extraneus denjenigen bezeichnet, welcher in dem betreffenden Testamente nicht zum Erben eingesetzt ist, u. dgl. m. Eine technische

Bedeutung haben wir indeß diesem Ausdrucke im Allgemeinen völlig abzusprechen, und lediglich in völkerrechtlicher Beziehung beizumessen; denn hier werden die liberi populi in die externi und amici populi zerlegt, wobei jene dann die hostes und diejenigen populi umfassen, mit denen weder amicitia noch Krieg besteht, worüber vergl. Procul. lib. 8. Epist. (Dig. XLIX, 15, 7. pr.) und lex Servil. c. II., sowie auch Pompon. lib. 37. u. Qu. Muc. (Dig. XLIX, 15, 5. §. 2.).

Aehnlich verhält sich dies mit extorris, welches während der 3. Periode in der Redensart e civitatibus pelli extorrem als Umschreibung für die Deportation dient, so bei Arcad. et Honor. in C. Th. XVI, 5, 31. 32.

## §. IX.

Im 4. Jahrh. p. Chr. tritt die letzte Umwandelung in Bezug auf die hier behandelten Begriffe und Ausdrücke ein, und damit eine Veränderung, deren historische Motive deutlich erkennbar sind.

Das Zeitalter der Republik, wie der früheren Kaiserzeit fand den Schwerpunkt, auf welchen das Gefühl der Zusammengehörigkeit der Römer sich stützte, einzig und allein in der politischen Verbindung, welche der Staat durch das Bürgerrecht, die civitas, zwischen den einzelnen cives vermittelte. Und im Gegensatze hierzu erschienen die außerhalb dieses Kreises der Zusammengehörigen Stehenden lediglich mit Beziehung auf diese ihre Ausschließung von jener politischen Verbindung als Fremde. Dieser Begriff von Fremder war aber sowohl unter der Bezeichnung von hostis, als auch später von peregrinus den beiden betrachteten Perioden des römischen Staats- und Rechtslebens gemeinsam, und ein Unterschied waltete für beide Perioden nur insofern ob, als von Vorn herein nur die Glieder der souveränen Staaten bei jener durch die Empfindung der Zusammengehörigkeit bestimmten Richtung des Blickes in Betracht gezogen wurden, während die spätere Zeit alle freien Menschen in den Kreis jener Anschauung hineinzog. In beider Beziehung nun griff zu dem angegebenen Zeitpunkte eine gewichtige Veränderung der Anschauungsweise Platz, die selbst wiederum in dem innigsten Zusammenhange mit anderen Erscheinungen steht.

Zunächst geschah es nämlich, daß in dem Laufe der Kaiserzeit,

wie das politische Leben erstarb, so auch das politische Bewußtsein sich abschwächte; daher fand das Gefühl der Zusammengehörigkeit, welches jede Nation beherrscht, in der politischen Einheit, die durch das Bürgerrecht und den Staat gegeben war, nicht mehr denjenigen starken, lebhaft empfundenen Stützpunkt, den es erforderte, um in und durch denselben jener Zusammengehörigkeit deutlich sich bewußt zu werden. Wohl aber traten daneben zwei andere derartige centrale Einheitspunkte empirisch zu Tage und damit der Wahrnehmung entgegen: die culturhistorische Einheit, welche das römische Reich gegenüber dem barbarischen Nichtrömerthume bildete, und die confessionelle Einheit, welche durch das Christenthum in der Wirklichkeit wenigstens annäherungsweise gegeben, in der Idee aber in voller Realität in Aussicht gestellt war, und die daher ebenfalls gegenüber dem Germanenthume und anderen heidnischen Culturſphären zu der Auffassung einer Einheitlichkeit hinleiten konnte. So nun traten neben die politische Einheit, die der Staat als solcher gewährte, als diejenigen Central- und Schwerpunkte, auf welche die Empfindung der Zusammengehörigkeit der römischen Bürger sich stützte, zwei neue Momente in das Bewußtsein jener Zeit über: die sociale Einheit des Römerthumes an sich, gegeben durch eine gemeinsame hohe Culturstufe im Gegensatze zur barbaria oder barbaries, und die confessionelle Einheit des christlichen Römerthumes, gegeben durch die Gemeinsamkeit des Christenthumes im Gegensatze zur Gentilität. Und indem dieses Bewußtsein eine lebhafte Empfindung wach rief, so ward nun auch der Fremde, d. h. der persönlich freie, der römischen Civität nicht theilhafte Mensch als barbarus oder gentilis wahrgenommen und bezeichnet, während im Gegensatze hierzu das Römerthum sich selbst nicht bloß als civitas und cives, sondern auch als Romanitas, Romania, Ῥωμανία, und als Romani anerkannte.[15]). Vergl. wegen gentilis §. X. unter 2.; dagegen der Gegensatz zwischen barbarus und Romanus[16])

15) Völlig verfehlt ist es, wenn Gaupp, die german. Ansiedl. p 216. sq. bei diesem Begriff Romani von ethnischen Gesichtspunkten ausgeht, da vielmehr lediglich culturhistorische und confessionelle Basen den Ausgang ergeben. Wegen Ῥωμανία in territorialem Sinne vergl. Bandur., animadvers. in Constantin. de admin. imp. 44. p. 372. Bonn.

16) Vor der lex Antoniniana de civitate ist dieser Gegensatz dem Römerthume noch unbekannt, wie wir mit voller Bestimmtheit ersehen aus

findet eine schöne Bestätigung der von uns ihm beigemessenen Wesenbestimmung durch Themist. Orat. XVI. p. 257. Dind.:

Νῦν οὐκέτι βαρβάρους Γαλάτας (d. h. die Galater) ἄν τις προσείποι, ἀλλὰ καὶ πάνυ Ῥωμαίους· τοὔνομα γὰρ αὐτοῖς τὸ πάλαι παραμεμένηκεν, ὁ βίος δὲ σύμφυλος ἤδη καὶ εἰσφέρουσιν ἃς ἡμεῖς εἰσφορὰς καὶ στρατεύονται ἃς ἡμεῖς στρατείας καὶ ἄρχοντας δέχονται ἐξ ἴσου τοῖς ἄλλοις καὶ νόμοις τοῖς αὐτοῖς ὑπακούουσιν (hodie nemo Galatas barbaros appellaverit, sed omnino Romanos. Nam etsi vetus penes illos nomen resederit, vivendi tamen ratio eadem est communisque nobiscum: tributa itidem ut nos pensitant, militiam perinde ut nos obeunt, magistratus ex aequo cum ceteris accipiunt, iisdem denique legibus obtemperant);

und kehrt in dieser Bedeutung wieder z. B. bei Constantinus in C. Th. VII, 1, 1. (323), Arcad. et Honor. in C. Th. IX, 14, 3. pr. (397), Honor. et Theodos. in C. Th. V, 5, 2. (409), in Gloss. Isid. p. 677. Gloss. Hildebr. p. 91. Gloss. Mai. in Class. Auct. e Cod. Vat. Edit. VI. p. 519., bei Vopisc. Prob. 17., Eumen. Paneg. Constantio Caes. 9, 1. Liban. Paneg. in Iul. Imp. Cons. tom. I. p. 384. Reisk. Zosim. III, 4. Salv. de Gubern. Dei V. p. 95. Theodoret. Serm. IX. de Leg. tom. IV. p. 610, d. u. a. m. vergl. auch Augustin. in Psal. 58. P. 1. fin. Wegen barbaria vgl. z. B. Lamprid. Alex. Sev. 58. Incert. Paneg. (VIII) Constantino Aug. 24. 25.; wegen barbaries z. B. Honor. et Theodos. in C. Th. IX, 42, 22. (408); wegen Romanitas und Romania z. B. Tertull. de Pall. 17., Athanasius Apolog. p. 832., Epiphanius adv. Haereses p. 618. 622. 728. Oros. VII, 43. Iustell. ad Can. Eccl. univ. IV. tom. I. p. 95. Casaub. ad Lamprid. Alex. Sev. 5.; im Allgemeinen vergl. Du Cange Gloss. s. v. barbarus, gentilis §. 2, Romania, Romanus, Romani; Brisson. s. v. barbarus.

Dahingegen der Ausdruck peregrinus verlor seinen alten juristisch-technischen Sinn und nahm die Bedeutung von Auswärtiger an, worüber vgl. §. XI.

Und so nun sehen wir, wie in den verschiedenen Metamor-

---

Aristid. in Rom. p. 347. fin. Dind.: Οὐ γὰρ εἰς Ἕλληνας καὶ βαρβάρους διαιρεῖτε νῦν τὰ γένη, — — ἀλλ' εἰς Ῥωμαίους τε καὶ οὐ Ῥωμαίους ἀντιδιείλετε. Doch finden wir den Uebergang zu jenem Gegensatze bereits angebahnt bei Quint. I. O. V, 10, 24.: in Barbaro, Romano, Graeco.

phosen, welche der durch den Ausdruck peregrinus repräsentirte Begriff erlebte, auf das Genaueste und Treueste jene verschiedenen Phasen sich wiederspiegeln, welche, bedingt und gegeben durch culturhistorische Entwickelung, in der Volks- und Nationalanschauung Roms in innerer Folge zu Tage treten: die älteste Zeit erkennt als das ureigen befähigte Rechtssubject auf dem Gebiete des Particularrechtes lediglich den civis des souveränen Staates an, während die Berechtigung jedes anderen Individuum nur auf Toleranz und Concession beruht; sie daher zieht bei ihrer Anschauung nur die Gesammtheit jener voll und originär berechtigten Subjecte in Betracht und scheidet nach diesem Gesichtspunkte den civis Romanus und den peregrinus oder früher den hostis (§. III. VI. init.). Eine spätere Zeit erkennt sodann das privatrechtliche ius gentium und damit insoweit als vollbefähigtes Subject den persönlich freien Menschen an; und sie daher wendet ihre Betrachtung der gesammten freien Menschheit zu und scheidet nach diesem Gesichtspunkte den civis Romanus und den peregrinus (§. VI.). Endlich die letzte Periode des römischen Reiches bleibt auf diesem Standpunkte stehen, verändert aber die Richtung des Blickes und gelangt damit zu dem Gegensatze der Romani zu den barbari oder gentiles.

Hierin allenthalben daher, wie in der in §. V. betrachteten Erscheinung offenbart sich uns die sprachliche Entwickelung als der Dollmetscher eines national-metaphysischen Processes, der selbst wiederum auf culturhistorischen Voraussetzungen beruht.

## §. X.

Indem wir dem Begriffe gentilis noch eine besondere Betrachtung widmen, so haben wir anzuerkennen, daß dieser Ausdruck in dem 4. und 5. Jahrh. n. Chr. einen dreifachen Begriff repräsentirt, nämlich:

1. den Heiden bezeichnet im Gegensatz zum Christen: dem Christianus oder Catholicus, womit dann synonym ist die Bezeichnung gentes und ἔθνη, wie paganus. Diese Bedeutung giebt an Isid. Orig. VIII, 10, 2—4.:

> Gentiles sunt, qui sine lege sunt et nondum crediderunt. Dicti autem gentiles, quia ita sunt, ut fuerunt geniti, id est, sicut in carne descenderunt sub peccato, scilicet idolis servien-

tes et nondum generati. — — Post fidem — non debent vocari gentes sive gentiles hi, qui ex gentibus credunt;

und Augustin. in Psal. 28.:

Gentilis ille est, qui in Christum non credit;

und sie findet sich vor in dem Concil. Carthagin. III. can. 12.:

Gentibus vel haereticis aut schismaticis matrimonio non iungantur;

im Concic. Laodicen. c. 39.:

οὐ δεῖ τοῖς ἔθνεσι συνεορτάζειν καὶ κοινωνεῖν τῇ ἀθεότητι αὐτῶν·

ingleichen in den Schriften unter dem Titel: Adversus Gentiles, und bei Paul. in Corinth. I, 12, 2., Augustin. de Opere Monach. 11. u. a. m.; nicht minder ferner bei Honor. et Theodos. in C. Th. XVI, 5, 46. (409):

Gentiles, quos vulgo paganos appellant,

und bei dens. in C. Th. XVI, 10, 43. (408), XVI, 10, 21. (416), bei Theodos. A. et Valentinian. C. in C. Th. XVI, 5, 63. (425) und in Nov. Th. III, 1. §. 8.

Woher dieser Begriff seinen Ausgang nahm, vermag ich nur negativ zu bestimmen: nicht von einem staats- oder völkerrechtlichen römischen Sprachgebrauche, sondern von einer Redeweise der ersten Christen, welche selbst auf einem hellenistischen Sprachgebrauche bezüglich des Wortes ἔθνος beruhte.

2. den Peregrinen im Gegensatze zum Römer: dem Romanus oder auch dem provincialis, womit dann synonym ist die Bezeichnung gentes,[17]) wie auch barbarus. Diese Bedeutung findet sich vor in Rubr. C. Th. III, 14.: de Nuptiis Gentilium und bei Valentinian. et Valens in C. Th. III, 14, 1. (365):

Nulli provincialium, cuiuscunque ordinis aut loci fuerit, cum barbara sit uxore coniugium nec ulli gentilium provincialis femina copuletur. Quodsi quae inter provinciales atque gen-

---

17) Gens im Sinne einer selbstständigen und peregrinen Völkerschaft findet sich z. B. in Not. Dign. Occ. p. 99* v. 9. p. 103* v. 3. sq. Böck., Gratian. Valentinian. et Theodos. in C. Th. IV, 12, 8. (381), Theodos. et Valentinian. in Nov. Theod. XXIV. §. 1. 2. 3. (443), Iustinian. in C. VII, 68, 5. (529), I, 29, 5. Den Gegensatz bietet Iustin. Nov. XXXI, 1, 3.: οὐκ εἰς ἐπαρχίας συνέκειτο σχῆμα, ἀλλὰ τῶν τε ἐθνῶν ἦν.

tiles affinitates ex huiusmodi nuptiis exstiterint — — capitaliter expietur;

ingleichen bei Constantin. Licin. et Maximin. in Fr. Vat. §. 34. (313), Constantin. et Constans in C. Th. XII, 12, 5. (364), Honor. et Theodos. in C. Th. XI, 24, 6. §. 3. (415) [more gentilicio], Amm. Marc. XXIV, 6. (gentiles picturae), Auson. Grat. Act. 4. u. a. m.; vergl. Du Cange, Glossar. s. v. §. 2.

Die Entstehung dieses Begriffes haben wir bereits in §. IX. angegeben: das Christenthum erhob sich zu dem Medium, in welchem die Römer ihrer Zusammenbehörigkeit im Gegensatze zu dem heidnischen Barbarenthum sich bewußt wurden, daher nun der Ausdruck gentiles zum Repräsentanten des Begriffes peregrinus im Gegensatze zum Romanus ward, somit also an sich ohne confessionelle Beziehung, wohl aber aus solcher Beziehung hervorgegangen.

3. Eine besondere Classe von römischen Truppenkörpern, nämlich derjenigen Heeresabtheilungen, welche aus den innerhalb der äußeren Gränze des römischen Reiches seßhaften Gentilen unter 2. entnommen waren. Hier bilden den Gegensatz theils die aus römischen Bürgern gebildeten Truppenkörper, theils die auxilia, als diejenigen Heeresabtheilungen, welche die Römer als Miethsoldaten von auswärtigen Föderirten sich stellen ließen oder auch aus nicht föderirten auswärtigen Nationen anwarben; denn dieser Unterschied zwischen den gentiles und auxiliarii ergiebt sich namentlich auf das Deutlichste bei Amm. Marc. XX, 4.:

> Decentium — — misit (sc. Constantius), auxiliarios milites exinde protinus abstracturum Aerulos et Batavos — —, hac specie iussos accelerare, ut adesse possint armis primo vere movendis in Parthos. De scutariis autem et gentilibus excerpere quemque promptissimum et ipse perducere Sintula iubetur. — — Contiouit hisque acquieverat Iulianus, — — illud tamen nec dissimulare potuit nec silere, ut illi nullas paterentur molestias, qui relictis laribus transrhenanis sub hoc venerant pacto, ne ducerentur ad partes umquam transalpinas, verendum esse affirmans, ne voluntarii barbari militares, saepe sub eiusmodi legibus adsueti transire ad nostra, hoc cognito deinceps arcerentur;

indem aus dieser Stelle auf das Deutlichste die Stellung der auxiliares Heruli und Batavi im römischen Heere erhellt, sowie

ihre Verschiedenheit von den gentiles,[18]) welche hier, wie häufig mit den scutarii zusammengestellt erscheinen.

In diesem Sinne findet sich nun gentilis ferner bei Amm. Marc. XX, 8, 13.:

Miscendos gentilibus atque scutariis adulescentes letos quosdam.

sowie ebendas. XIV, 7, 9. XVI, 4, 1. XX, 2, 5. XXVII, 10, 12. und in Notit. Dign. Orient. p. 38. Occ. p. 119* sq. Böck., woselbst gentiles Suevi, sowie Sarmatae und Taifali gentiles erwähnt werden, und woraus wir ersehen, daß dieselben theils in vexillationes unter den Magistri oder Comites Militum, theils in den scholae unter den Magistri Officiorum, theils in besonderen praefecturae unter dem Magister Peditum Praesentialis dienten, worüber vergl. Böcking Comment. ad Not. Dign. Occ. p. 270*.

Endlich finden wir auch diese gentiles als milites limitanei in Africa wieder unter Honor. et Theodos. in C. Th. VII, 15, 1. (409):

Terrarum spatia quae Gentilibus propter curam munitionemque limitis atque fossati antiquorum humana fuerant provisione concessa, wozu vergl. Arcad. Honor. et Theodos. in C. Th. XI, 30, 62. (405).

Die Entstehung dieses Begriffes haben wir aber in der Weise zu

---

18) Gleiches gilt von Arcad. et Honor. in C. Th. VII, 4, 22. (396): neque scholae, neque vexillationes comitatenses aut palatinae neque legiones ullae, neque auxilia, wo die auxilia als besonderer Truppenkörper erscheinen, während die gentiles zu den scholae u. vexillationes gehören; vergl. auch Gothofr. ad h. l. u. Paratitl. zu C. Th. VII, 1. Böcking Not. Dign. I. p. 234. unter 3. u. p. 235. unter 5. Für gleichbedeutend mit diesen auxiliarii haben wir die foederati anzuerkennen, die erwähnt werden von Theodos. et Valentinian. in Nov. Valent. IX. (440): magister militum, Sigisvultus, tam militum atque foederatorum tuitionem urbibus ac litoribus non desinat ordinare; von Iustinus in C. Iust. I, 5, 12.: οἱ Γότθοι, οἳ γίνονται φοιδερᾶτοι, im Harmenopul. IV, 15, 16.: εἴτε στρατιῶται εἶεν, εἴτε φοιδεράτοι, εἴτε σχολάριοι, εἴτε ἄλλοι τινὲς, ὑφ' ἑτέραν οἱανοῦν στρατείαν ἔνοπλον καταλεγόμενοι· von Olympiodor. bei Phot. p. 179. u. Exc. in Corp. Script. Hist. Byz. p. 450.: τὸ (sc. ὄνομα) φοιδεράτων κατὰ διαφόρου καὶ συμμιγοῦς ἐφέρετο πλήθους· von Procop. B. Vand. I, 11. B. Goth. III, 33. Endlich gehört auch hierher der Comes Foederatorum, worüber vergl. Du Cange Gloss. s. v. comes u. C. Th. ed. Ritter II. p. 391. not. e. und die τῶν φοιδεράτων ἄρχοντες bei Procop. B. Vand. I, 11. 19. B. Goth. III, 31.

erklären, daß Gentilen im Sinne unter 2. innerhalb des römischen Reiches seßhaft waren (Thl. II. §. 117), und daß nun, indem einerseits dieselben zum Militärdienst im röm. Heere herbeigezogen und nach dieser ihre Qualität als gentiles prädicirt, andrerseits aber auch von den auxiliarii, welche die foederati stellten, besonders geschieden wurden, damit die Bezeichnung gentiles zum militärisch-technischen Begriffe in der angegebenen Maaße sich erhob.

## §. XI.

Der Ausdruck peregrinus in der letzten Periode verbindet sich mit dem Begriffe des Auswärtigen, und giebt sonach seine technisch-juristische Beziehung zu Gunsten einer vulgär-localen Beziehung auf. Die Art und Weise zunächst, wie die Nichtangehörigkeit zu dem maaßgebend in das Auge gefaßten territorialen Punkte gedacht wird, ist eine mehrfache, insofern ebensowohl die Geburt, wie die Abstammung aus der Fremde, der Aufenthalt, wie das Domicil in der Fremde, die Nichtzubehörigkeit zur bürgerlichen Gesellschaft oder zum politischen Gemeinwesen des in Betracht gezogenen Ortes und andere dergleichen Lebensbeziehungen als das maaßgebende Moment für die Annahme der ausgesprochenen Beziehung des Individuum zur Fremde bestimmend ins Auge gefaßt werden kann. Und sodann ist auch der territoriale Punkt selbst, auf welchen, als auf den eingenommenen reellen Standpunkt der Urtheilende sich versetzt und in Bezug auf welchen daher Jemand als Fremder prädicirt wird, ein verschiedener. Und nach diesem letzteren Momente ergeben sich folgende Anwendungen des Begriffes peregrinus.

1. Auswärtiger in Bezug auf die Stadt Rom insbesondere, im Gegensatze zum civis Romanus, als dem Communalbürger jener Stadtgemeinde, so bei Valentinian. et Valens in C. Th. VI, 36, 1. (364), Amm. Marc. XIV, 6. XXVIII, 4.; vgl. Vales. ad Amm. XIV, 6. Gothofr. in C. Th. II. p. 244. Spanh. Orb. Rom. p. 363. sq.

2. Auswärtiger in Bezug auf ein römisches Municipium im Allgemeinen im Gegensatz zu dessen Angehörigen, so bei Arcad. et Honor. in C. Th. XVI, 2, 37. (404), Amm. Marc. XXV, 4.

3. Auswärtiger in Bezug auf eine römische Provinz,[19] so bei

19) Einen ganz analogen Entwickelungsgang bezüglich des Begriffes ἀλλόφυλος weist nach Stark, Gaza, p. 67. sq.

Valentinian. et Valens in C. Th. VIII, 1, 9. §. 1. (365), Iidem et Gratian. in C. Th. IX, 1, 10. (373?), Arcad. et Honor. in C. Th. XII, 1, 161. (399), I, 35, 1. (400) u. XVI, 2, 37. sub 2. cit. (404); vergl. Spanheim l. c. p. 365 sq., Gothofr. C. Th. III. p. 15. und Gloss. Nom. s. v.

4. Auswärtiger in Bezug auf das römische Reich, so bei Honor. et Theod. in C. Iust. IV, 63, 6. Valentin. Theod. et Arcad. (399), Vopisc. Car. 5., wozu vergl. Casaubon. in h. l., Vulcat. Gallican. Cass. 10. Amm. Marc. XXXI, 4. Und hierher gehört auch Apoll. Sidon. Epist. I, 6.:

> In qua unica totius orbis societate soli barbari et servi peregrinantur,

wo demnach barbari und servi unter dem Begriffe peregrini zusammengefaßt werden.

---

# Beilage XII.

## Ueber die Begriffe von conubium, commercium und recuperatio, sowie von testamentifactio, actio, legisactio.

---

### A.

### Moderner und antiker Gesichtspunkt in Bezug auf die Begriffe von conubium, commercium und recuperatio.

### §. I.

In Thl. II. §. 11. gaben wir an, daß für die Bezeichnung der dem ius civile Romanorum in seiner Totalität entsprechenden Rechtsfähigkeit ein besonderer technischer Ausdruck weder von den Römer aufgestellt war, noch auch irgend wie erforderlich sein konnte. Denn einerseits bildete die civitas, das Bürgerrecht, die ausschließliche und absolut nothwendige Grundlage und Vorbedingung solcher Rechtsfähigkeit, daher die letztere nie ohne die civitas, wie diese nie ohne jene vorkam, so daß also der Begriff der civitas den der

Rechtsfähigkeit entbehrlich machte, und andrerseits wurde der letztere Begriff auch dadurch an seiner Bildung verhindert, daß andere Anschauungs- und Denkweisen an Stelle derjenigen Vorstellung, welche bei dem modernen Begriffe der Rechtsfähigkeit maaßgebend ist, den Römern bereits historisch gegeben und überliefert waren, so die Auffassung als ein teneri legibus oder als ein legem pertinere ad aliquem u. dergl.

Eine zwiefache Ursache hob jedoch jenen fundamentalen Wechselzusammenhang zwischen den Begriffen der civitas und der Rechtsfähigkeit, wenn auch lediglich partiell, auf: einmal der Umstand, daß man römischen Bürgern gewisse Stücke der durch die civitas in abstracto gegebenen Rechtsfähigkeit entzog, so daß die civitas vorhanden war, die volle Rechtsfähigkeit jedoch fehlte; sodann aber auch der Umstand, daß man Peregrinen gewisse Stücke der von der civitas in abstracto bedingten Rechtsfähigkeit ertheilte, so daß die civitas mangelte, gleichwohl aber ein Theil der Rechtsfähigkeit vorhanden war. Derartige Verhältnisse fanden z. B. statt bezüglich des ius publicum: zu den durch dasselbe gewährten Befugnissen gehörten sowohl die Theilnahme an den Comitien und an den Abstimmungen in selbigen, wie die Befugniß, das römische Nationalkleid, die toga zu tragen. Indem nun die erstere Befugniß mitunter einer Mehrzahl von röm. Bürgern entzogen wurde, die letztere Befugniß dagegen Einzelnen, wie ganzen Classen von Nichtbürgern mitunter verliehen wurde, so erschienen beide Befugnisse nicht mehr ausschließlich und wesentlich bedingt durch die civitas, vielmehr nahmen nun beide den Character von Rechten an, welche in einer concreten Unabhängigkeit von der civitas sich verhielten, während die Fähigkeit zu dem, was den Inhalt dieser Rechte bildete, zu einer besonderen Rechtsfähigkeit sich gestaltete. Hiermit mußte daher das Bedürfniß zu Tage treten, innerhalb des abstracten Gesammtinhaltes der civitas und des ius civile jene beiden Befugnisse besonders zu bezeichnen, und dementsprechend finden wir auch dort die Benennung ius suffragii (so Gell. N. A. XVI, 13. bei Macrob. Sat. I, 5, 10. ius suffragandi), hier den Ausdruck ius togae (so Plin. Ep. IV, 11.).

Ein ähnliches Verhältniß trat ein hinsichtlich des Privatrechtes: die Geschichte lehrt uns, wie die Fähigkeit der Theilnahme an diesem innerhalb gewisser Gränzen theils römischen Bürgern

entzogen wurde, wie den Plebejern bis zur lex Canuleja, ingleichen dem prodigus, theils auch Nichtbürgern verliehen war, und hier daher mußte das gleiche Bedürfniß eine gleiche Abhülfe erfordern, wie beim ius publicum, d. h. die Sprache mußte Ausdrücke schaffen als Bezeichnung der Begriffe, die in Folge jener Voraussetzungen zu einem selbstständigen Dasein gelangten, somit der Begriff derjenigen Partieen der Rechtsfähigkeit, deren a priori wesentliche Relation mit der Civität a posteriori gelöst ward. Und diese Annahme wird in der That bestätigt durch unsere Quellen, und vornämlich sind es die Ausdrücke conubium und commercium, welche in der gegebenen Beziehung sehr häufig in unseren Qellen wiederkehren. Sie daher sind es, an welche zunächst unsere Betrachtung sich anknüpft, indem wir vor Allem die Auffassung und Behandlung beider Begriffe von Seiten unserer modernen Wissenschaft ins Auge fassen.

## § II.

Daß die Römer die Rechtsfähigkeit des ius civile auch auf Nichtbürger übertrugen, und daß bei dieser Uebertragung die Bezeichnungen conubium und commercium als bestimmende Begriffe marquirt in den Quellen hervortreten, erkennt unsere Wissenschaft allgemein an. Und in der That werden jene Sätze als unbestreitbar zu gelten haben, da das allgemeine Urtheil, welches sie enthalten, der historischen Wahrheit in der That entspricht. Forschen wir indeß, in welcher Weise unsere Wissenschaft jene Uebertragung der Rechtsfähigkeit und deren Bestimmtwerden durch die Begriffe conubium und commercium sich denkt, so begegen wir den offenbarsten Irrthümern und Willkührlichkeiten, welche in das rechte Licht zu stellen wir von einer Betrachtung zweier historisch gegebener Erscheinungsfomen der Verleihung des commercium ausgehen wollen, der Verleihung nämlich an die Latini Iuniani einerseits, und an die Laurentes Lavinates, die Bürger der latinischen civitas Laurolavinium andrerseits. Bei dieser Betrachtung tritt nämlich gegenüber jener Verleihung als ein überaus wesentlicher Moment die Thatsache entgegen, daß zunächst Laurolavinium bis zu seiner Erwerbung des römischen Bürgerrechtes im J. 664 ein mit Rom in aequum foedus stehender Bundesstaat, somit der Theorie nach vollkommen souverän neben Rom war und demgemäß

auch im Besitz seines eigenen Particularrechtes sowohl, wie auch des legislativen und jurisdictionellen Hoheitsrechtes sich befand, so daß daher die Laurentes Lavinates von Vorn herein und im Wesentlichen nicht dem römischen Rechte, sondern dem ius civile Laurentium Lavinatium unterworfen waren. Dagegen die Latini Iuniani, Freigelassene, welche durch ihre Manumission weder die römische Civität, noch das Bürgerrecht einer anderen civitas erlangt haben, sind als Nichtbürger irgend welcher civitas in Wahrheit Apoliden und demnach von Vorn herein keinerlei ius civile theilhaft, vielmehr a priori lediglich in ihrer Eigenschaft als liberi homines dem ius gentium unterworfen und nach diesem rechtsfähig. Wenn daher gleichwohl die Uebertragung des röm. commercium auf die Laurentes Lavinates, ebenso wie auf die libertini Iuniani erfolgt, so ergiebt sich aus dem Bemerkten, daß beidemal diese Verleihung des röm. commercium eine sachlich verschiedene Bedeutung hat, d. h. in ihren Wirkungen dort und hier verschieden sich äußert. Denn wenn auch durch solche Verleihung Beide innerhalb einer gegebenen Gränze nach ius civile rechtsfähig und sonach der Herrschaft dieses Rechtes untergeordnet werden, so hat doch bezüglich der libertini Iuniani solche Unterordnung die Bedeutung, daß dadurch eine gegebene Partie des ius civile zur ausschließlichen oder doch nur mit dem ius gentium concurrirenden Norm für die bezüglichen Rechtsverhältnisse der Beliehenen sich erhebt, wogegen dort, wo den Laurentes Lavinates das röm. commercium verliehen wird, das ius civile Laurentium Lavinatium neben das ius civile Romanorum tritt, als eine Norm, die mit dem Letzteren in der Herrschaft concurrirt über diejenigen Rechtsverhältnisse, welche dem Gebiete des commercium anheimfallen. Wollte man daher in beiden Fällen der Verleihung des röm. commercium gleiche sachliche Bedeutung beimessen, so müßte man annehmen, daß dem ius civile Romanorum insoweit solches durch die Verleihung des röm. commercium auf die Bürger von Laurolavinium übertragen wurde, das ius civile Laurentium Lavinatium völlig gewichen sei und daß demnach das Letztere, insoweit es die dem Gebiete des commercium anheimfallenden Rechtsverhältnisse von Alters geordnet und zu ordnen berufen gewesen, seine Herrschaft völlig eingebüßt habe und selbst total vernichtet worden sei. Gerade diese Annahme aber würde gegenüber den historischen Erschei-

nungen als die grundloseste Willkühr sich darstellen, da sie nicht allein alle völkerrechtliche Parität zwischen Rom und allen den Staaten, mit welchen dasselbe commercium vereinbarte, von allem Anfang an in Abrede stellen, sondern auch einzelne wohlbegründete historische Data leugnen müßte. So würde gegenüber der Thatsache, daß zwischen Rom und den latinischen civitates von Alters her commercium bestand, anzuerkennen sein, daß bereits von ältester Zeit her das das Gebiet des commercium beherrschende ius civile Latinorum völlig untergegangen sei, während gleichwohl dies als unwahr sich erweist, da wir aus späteren Zeiten noch ebensowohl von eigenthümlich latinischem Rechte, wie von einer Thätigkeit der Legislation der latinischen civitates in Bezug auf jenen Theil des Privatrechtes berichtet finden (Thl. II. §. 32.). Ja jene Annahme würde zu dem unlösbaren Probleme führen, wie denn solche Wirkung der Verleihung von commercium sich geäußert in den Fällen, wo zwei civitates wechselweise ihr beiderseitiges commercium sich verliehen. Oder soll etwa, als Rom und die latinischen civitates ihr beiderseitiges commercium austauschten, auf Seiten der Latiner das ius civile Romanorum innerhalb der Gränzen des commercium das ius civile Latinorum vernichtet haben, während auf Seiten der Römer das ius civile Romanorum wiederum durch das ius civile Latinorum absorbirt wurde?

Alle diese Momente beweisen somit auf das Unwiderleglichste, daß eine zwiefältige sachliche Bedeutung der Verleihung des commercium anzuerkennen ist: in Bezug auf die libertini Iuniani bewirkte jene Verleihung eine absolute, in Bezug auf die Laurentes Lavinates eine nur hypothetische Unterordnung unter das ius civile Romanorum; im letzteren Falle bleibt neben dem röm. ius civile auch das ius civile Laurentium Lavinatium in seiner Herrschaftsfähigkeit, wie Anwendung, als eine mit dem römischen Rechte in der Herrschaft concurrirende Potenz, während im ersteren Falle neben dem römischen Rechte kein anderes ius civile über das Rechtssubject herrschte. Daher unterscheiden wir theils eine absolute, theils eine hypothetische Herrschaft des ius civile Romanorum als Wirkung der Verleihung des römischen commercium.

Daß nun diese Wahrnehmung dem Bewußtsein unserer Wissenschaft sich entzog, könnte an sich zwar von nur vereinzelter Bedeutung erscheinen. Allein in der That wird jene Thatsache höchst

bedeutsam dadurch', daß sie niemals zu Tage treten konnte, ohne gewisse weitere Willkührlichkeiten und Irrthümer, welche unsere Wissenschaft in jener Beziehung sich zu schulden kommen ließ. Faßt man nämlich vor Allem die Definition von conubium und commercium ins Auge, wie solche das Alterthum uns überliefert (§. IX. u. §. XI.), so wird jeder Unbefangene das conubium nur als Fähigkeit zur Eingehung der civilen Ehe, das commercium nur als Fähigkeit zu dem Veräußerungsgeschäfte des ius civile auffassen können. Ueberblickt man indeß von solcher Wesenbestimmung ausgehend das Gebiet des Privatrechtes, so ist die Wahrnehmung unvermeidlich, daß conubium und commercium bei Weitem nicht die Sphäre der civilen Rechtsfähigkeit umspannen, vielmehr ein weites Gebiet noch offen liegt, welches von jenen Begriffen nicht beherrscht wird, gleichwohl aber in ähnlicher Weise, wie das des conubium und commercium dem Peregrinen geöffnet gewesen sein muß. In diesem Dilemma beliebte es nun, dem conubium und commercium seine Sphäre zu erweitern; mit gewissen verbalen Wendungen, die weit entfernt waren, Träger einer historischen Wahrheit oder nur eines klaren Gedankens zu sein, wurde das conubium in die Fähigkeit zur Theilnahme am civilen Familienrechte, das commercium in die Fähigkeit zur Theilnahme am civilen Vermögensrechte umgewandelt. Daß zwischen der Ehe und dem Familienrechte, wie zwischen dem das Vermögen betreffenden Rechtsgeschäfte und dem Vermögensrechte noch eine weite Kluft mitten inne liegt, galt nicht als Hinderniß; man füllt diese Kluft mit der Bemerkung, daß von der Ehe die Familienrechte, und von dem Rechtsgeschäfte die Vermögensrechte bedingt seien. Da indeß die Ehe die Familienrechte, und das Rechtsgeschäft die Vermögensrechte nur dann wirklich bedingt, wenn beiderlei Rechte ausschließlich von der Ehe und dem betreffenden Rechtsgeschäfte abhängen, so ist jene Behauptung in der That falsch, da es z. B. nicht wahr ist, daß von Jemandes Ehe dessen Intestaterbrecht gegen seinen Adoptivvater, wie gegen seine Ascendenten und Collateralen abhängen, oder daß die actio furti und iniuriarum von einem Rechtsgeschäfte bedingt sein sollen. Wer daher diese Wahrheit anerkennt, daß die Ehe zu dem Familienrechte, und das Rechtsgeschäft zu dem Vermögensrechte durchaus nicht als ausschließlich bedingende Voraussetzung sich verhalten, sondern lediglich zelne deein-

mehreren, solche Rechte begründenden Modalitäten sind, der würde daher, zur Rechtfertigung der von ihm vorgenommenen Umänderung der antiken Definitionen von conubium und commercium, wenigstens darzuthuen haben, daß in Folge historischer Einflüsse in der That im antiken Leben und juristischen Verkehre der Ausdruck uxorem ducere die Bedeutung: Familienrechte erwerben, und der Ausdruck emere vendere die Bedeutung Vermögensrechte erwerben erlangt habe. Und wenn in der That bezüglich des emere vendere eine ähnliche Bedeutung sich nachweisen läßt (§. XI.), so würde doch immer dieser Nachweis unfruchtbar für das obige Thema sein, sobald nicht gleicher Beweis auch für das uxorem ducere sich erbringen läßt. Denn sobald man nach der antiken Definition von conubium das Letztere für die Fähigkeit zur Eingehung der civilen Ehe erklären müßte, würde es keinen Gewinn bringen, das commercium als Fähigkeit zur Theilnahme am civilen Vermögensrechte zu erklären, da diesfalls Ehe und Vermögensrecht in beiden Definitionen correspondiren, hiermit aber aller Parallelismus in jenen Definitionen vernichtet würde, der gleichwohl in denselben sich vorfindet, und da überdem dadurch ebensowenig ein das gesammte Gebiet des Privatrechtes umfassendes Begriffspaar gewonnen sein würde.

Wenn daher die antiken Definitionen von conubium u. commercium in der That nicht den Sinn in sich tragen, den ihnen die moderne Wissenschaft beimißt, so enthalten auch die obigen modernen Wesenbestimmungen beider Begriffe in Wahrheit ein Abgehen von jenen antiken Definitionen und ein totales Aufgeben der Letzteren, welches indeß durch die angegebenen verbalen Wendungen dem eigenen Bewußtsein entzogen und dem prüfenden Auge des Dritten verborgen und verdeckt wird.

Unter den Bedenken daher, welche gegen die obigen modernen Begriffsbestimmungen von conubium und commercium sich erheben, können wir Oben an stellen, daß das Alterthum selbst andere Wesenbestimmungen jener Begriffe uns überliefert hat, ein Abgehen von den Letzteren aber selbstverständlich nicht ohne Weiteres gestattet ist. Denn wie mangelhaft immer einzelne der antiken Definitionen sind, so sind doch andere derselben wiederum tadelfrei, ja wir vermögen zu behaupten, daß es im Allgemeinen nur die Nominaldefinitionen, nicht aber die Realdefinitionen des rö-

mischen Alterthumes sind, welche unser gerechtes Mißtrauen verdienen. Vielmehr finden wir, was die Letzteren betrifft, eine nicht geringe Anzahl solcher Definitionen, denen wir einen hohen Werth beizumessen haben, insofern dieselben mehrfach theils von einem verhältnißmäßig hohem Alter sind, theils Verhältnisse von hohem Alter betreffen, theils endlich einzelner Ausdrücke sich bedienen, welche selbst den ältesten Perioden des römischen Staatslebens angehören. So mögen in der ersteren Beziehung als Beispiele dienen die Definitionen des Sextus Aelius von penus nach Gell. N. A. IV, 1., und locuples nach Cic. Top. 2, 10., des Aelius Gallius über possessio, postliminium, saltus u. a. m.;[1]) in der zweiten und dritten Beziehung dagegen die Definitionen von populi commune suffragium, patrum commune suffragium und scitum populi bei Fest. s. v. v. p. 233. u. 330. M., indem die Zeit, wo das Curiatgesetz mit Ausschluß und im Gegensatze zum Centuriatgesetze die Bezeichnung scitum populi in Anspruch nehmen konnte, und wo, wie in den betreffenden Definitionen unter patres die Patrizier verstanden wurden, ebenso den früheren Perioden des römischen Staatslebens anheimfällt, wie die Zeit selbst, wo überhaupt das Curiatgesetz noch practische Bedeutung besaß. Allein der tralaticische Character der römischen Litteratur, der bereits in der Geschichtsschreibung, in der Behandlung der Alterthümer, in den Beispielsammlungen der Rhetoren, noch mehr aber in Fachwissenschaften, wie in der Feldmeßkunst und Jurisprudenz, wie Rechtspflege zu Tage tritt, und die dementsprechende Neigung, einmal gewonnene Definitionen von Generation zu Generation fortzupflanzen, Alles dies erklärt, daß ebensowohl solche Definitionen Jahrhunderte hindurch erhalten wurden, wie daß sie insbesondere auch in alterthümlicher Ausdrucksweise sich erhalten konnten. Gerade diese Erscheinungen aber, für welche weitere zahlreiche Belege sich beibringen lassen, ermahnen, den Definitionen der Römer eine höhere Beachtung zu Theil werden zu lassen, und gestatten namentlich auch, den einzelnen Ausdrücken in denselben mitunter eine Bedeutung beizumessen, welche vergangenen Zeiten angehört.

Unter solchen Umständen aber müssen wir es für willkührlich und ungerechtfertigt erklären, wenn man die antiken Definitionen

---

1) Vergl. Heimbach, de S. Aelio Gallo, Lips. 1823.

von conubium und commercium ohne Weiteres bei Seite setzt, ohne durch Gründe deren Unhaltbarkeit darzulegen.

Allein zu dieser Rücksicht gesellen sich noch fernere Bedenken, welche den unserer Wissenschaft gemachten Vorwurf der Willkührlichkeit weiter rechtfertigen werden. Wir werden dieselben in §. III. darlegen.

## §. III.

Neben dem conubium und commercium finden wir in den Quellen drei Begriffe, welche in einer unverkennbaren äußeren oder inneren Beziehung zu jenen Beiden stehen; es sind dies die testamentifactio, die recuperatio und das ius nexi mancipiique.

Zunächst die testamentifactio stellt sich dar als die dem Erbrechte anheimfallende Sphäre des commercium und muß demnach das nämliche Gattungsmerkmal an sich tragen, wie das commercium selbst. Eine Definition jenes Begriffes ist nun allerdings auf uns nicht überliefert, allein fassen wir die Gesetze der sprachlichen Bildung ins Auge, so ergiebt sich als ursprüngliche Bedeutung des Ausdruckes die Errichtung eines Testamentes, und in weiterer Folge die Fähigkeit zu solcher Errichtung. Daher repräsentirt die testamentifactio in der That die Fähigkeit zu einem Rechtsgeschäfte, so daß demnach, so bald wir die testamentifactio als Theil des commercium auffassen, in derselben nicht eine Fähigkeit zu Rechten, sondern ebenfalls eine Fähigkeit zu Rechtsgeschäften anzuerkennen ist, ein Resultat, dem in der That die antike Definition vom commercium vollkommen entspricht. Ja selbst bezüglich des Letzteren, wie des conubium können wir gleiches Gesetz der sprachlichen Wortbildung herbeiziehen, denn cum — mercari und cum — nubere weist nicht auf das Theilnehmen an Vermögens- oder Familienrechten, sondern auf das Vollziehen von Vermögensgeschäft und Ehe hin.

Sodann die recuperatio offenbart uns rechtliche Beziehungen, welche in der gleichen Weise, wie conubium und commercium aus dem Kreise des civilen Rechtslebens in den Verkehr mit Peregrinen übertragen sind. Allein die recuperatio dem conubium und commercium, oder die Letzteren Jener unterzuordnen, dafür ist in der That durchaus keine Berechtigung vorhanden, da die uns überlieferte sorgfältige Definition der recuperatio auch nicht die leiseste

Andeutung eines solchen Subordinationsverhältnisses dieses Begriffes zu dem conubium und commercium bietet, sei es nun daß man die Letzteren als Fähigkeiten zu Rechten, oder als Fähigkeit zu Rechtsgeschäften auffassen will. Wenn daher diese Sachlage die Frage anregt, in welchem Verhältnisse nun die durch diese drei Begriffe repräsentirten Institute stehen, so pflegt man nun entweder diese Frage mit Stillschweigen, oder aber in der Weise zu beantworten, daß man das Unmögliche möglich macht und die Recuperation für gleichbedeutend mit der Verleihung von conubium und commercium hinstellt.

Endlich das ius nexi mancipiique, wovon wir in Beil. XV. handeln, hat Huschke's vielbewährter kritischer Blick im J. 1846 zu unserer Kenntniß ins Dasein zurückgerufen. Dieser Entdeckung lege ich selbst eine sehr hohe Wichtigkeit bei und eine weit höhere, als ihr eigener Urheber selbst. Denn bei Huschke verwandelt sich jenes ius nexi mancipiique ohne Weiteres in commercium und verschwindet nun, fruchtlos für unsere Wissenschaft, in dem Nebel, der über diesem Begriffe sich lagert. Wer jedoch die sprachliche Oeconomie des Zeitalters der XII Tafeln sich vergegenwärtigt, der wird es kaum glaublich erachten, daß damals das Nämliche, was commercium bezeichnete, in den XII Tafeln als ius nexi mancipiique hingestellt worden sei. Und wenn daher schon um dieser Rücksicht willen eine Verschiedenheit jener beiden rechtlichen Beziehungen anzuerkennen, wenn sodann in keiner Weise zu bezweifeln ist, daß das ius nexi mancipiique als Fähigkeit in Bezug auf civile Vermögensrechte zu gelten hat, so muß dann nothwendig auch das commercium etwas Anderes bezeichnen, als die gleichartige Fähigkeit zu solchem Rechte.

Und fassen wir nun endlich die Definitionen von conubium und commercium in ihrer Anwendung auf die historischen Erscheinungsformen des Zeitalters der Republik ins Auge, so werden wir finden, wie die modernen Definitionen völlig Schiffbruch leiden, und wie es z. B. wunderbar sich anhört, wenn dem prodigus durch die Interdiction die Fähigkeit zur Theilnahme am civilen Vermögensrechte entzogen sein soll; wie dagegen auf der anderen Seite die antiken Begriffsbestimmungen in der vollkommensten Uebereinstimmung mit jenen Erscheinungen früherer Zeiten stehen (§. X. XVII.).

Und endlich noch: weil die moderne Rechtswissenschaft zu der sehr richtigen Erkenntniß gelangt ist, daß die Beziehungen der Person, welche durch das Gesetz sancirt werden, in den Rechten ihren Schwerpunkt finden, und daß demnach die Fähigkeit zur Theilnahme an den durch das Gesetz gegebenen Satzungen dem Gesichtspunkte der Fähigkeit zu den entsprechenden Rechten sich unterordnet, so schien es gerechtfertigt, die nämliche Anschauungsweise auch dem frühesten Alterthume beizumessen und das conubium und commercium auf den Begriff der Fähigkeit zu Rechten zurückzuführen. Hätte man indeß erwogen, daß ein Zeitraum von mehr denn zwei tausend Jahren jenes Zeitalter von uns scheidet, in welchem die italischen Völker zu jener Distinction von conubium und commercium sich erhoben; hätte man geforscht, wie manches Bedenken gegen die Richtigkeit der angenommenen Voraussetzung sich geltend macht, so würde man gezögert haben, jene Begriffsbestimmungen von conubium und commercium ohne Weiteres zu proclamiren. Denn nach allen Ueberlieferungen des Alterthumes haben die Römer der frühesten Zeiten die durch das Gesetz begründeten Beziehungen der Person in der That nicht in der Gestalt von Rechten, als vielmehr nach anderem Gesichtspunkte erschaut und gedacht, so daß daher dieselben die Fähigkeit zur Theilnahme an Recht und Gesetz nicht als Fähigkeit zu Rechten, sondern als Fähigkeit zu anderen juristischen Beziehungen maaßgebend auffassen mußten. Diesen Punkt aber halten wir in der That für den gewichtvollsten und wir werden, was wir damit meinen, in §. IV. und V. eines Weiteren darlegen. Allein da wir hier denselben nicht vollständig erschöpfen, sondern nur einzelne, unserer Aufgabe näher liegende Momente hervorheben können, so mögen wir gegenwärtig diesem Punkte mehr eine erklärende, denn eine beweisende Bedeutung gegenüber der von uns festgehaltenen Wesenbestimmung von conubium und commercium beimessen.

Nach Alle dem haben wir daher den Standpunkt, den die moderne Wissenschaft bei ihrer Wesenbestimmung des antiken conubium und commercium einnimmt, für einen unhistorischen und willkührlichen zu erklären. Wir selbst aber vermeiden die gerügten Fehler dadurch, daß wir jene moderne Wesenbestimmung beider Begriffe nur für gewisse Verhältnisse der Kaiserzeit als statthaft, wie richtig anerkennen (Thl. II. §. 93. sq.), gerade diesen Ver-

hältnissen gegenüber aber die antiken Definitionen als nicht adäquat und unvollkommen entsprechend auffassen. Dagegen für das Zeitalter der Republik lehnen wir uns an die römischen Definitionen an und halten dieselben im Wesentlichen fest, daher wir hier beiden Begriffen eine Beziehung nicht zu den Rechten: zu Familien- und Vermögensrecht, sondern zu den Rechtsgeschäften: zu Ehe und Vermögensgeschäft beimessen. Und wenn nun in Folge dessen, wie obbemerkt, ein Stück des Rechtsgebietes frei bleibt von der Herrschaft jener Begriffe, während gleichwohl auch hier in der nämlichen Weise, wie dort dem Peregrinen der Eintritt eröffnet gewesen sein muß, so schlagen wir den entgegengesetzten Weg ein, wie unsere Wissenschaft: wir erweitern nicht die Sphäre von conubium und commercium über deren gegebene Gränzen hinaus, sondern wir suchen für diesen freien Raum einen neuen Begriff, der denselben beherrscht. Und wie wir conubium, commercium und recuperatio als eine gegebene Begriffsgruppe anerkennen, innerhalb deren jedes Glied dem anderen coordinirt ist, so nun stellen wir als parallele Gruppe neben Jene conubium, commercium und actio oder legis-actio. Denn der recuperatio entspricht als Fähigkeit der Person die actio und diesen Begriff wiederum erfordert gerade jenes Gebiet, welches vom conubium und commercium nicht beherrscht und doch dem Peregrinen geöffnet ist; ja endlich finden sich auch noch einzelne historische Ueberlieferungen, welche als Trümmern dieser Gruppe uns gelten können.

Diese Ansicht nun und diese älteste Wesenheit der leitenden Begriffe ist es, welche bereits der Darstellung von Thl. II. Cap. I. und II. der ersten Periode zu Grunde gelegt ist, und die hier ihre nähere Ausführung und Begründung erfahren soll. Allein bevor wir hierzu direct verschreiten, wollen wir, wie bereits angegeben, zuvor noch einen Blick auf die älteste römische Auffassung vom Rechte im Allgemeinen werfen, um so die historische Berechtigung, ja die innere Nothwendigkeit jener Begriffsgruppe für Rom darzulegen. Zu dieser antiken Auffassung selbst aber wird eine Betrachtung des modernen Standpunktes am Sichersten uns überleiten.

## §. IV.

Vergegenwärtigen wir uns die allgemeinen Beziehungen des Inhaltes der Rechtssatzungen zur Person, so concentriren sich die-

selben um die Begriffe der Rechtspflicht und des Rechtes, die Beide, einander correlat, durch das Gesetz selbst mit der Person verknüpft erscheinen. Das Verhalten dieses Rechtes aber oder der privatrechtlichen Befugniß insbesondere in Bezug auf die Person stellt sich wieder als ein zwiefältiges dar: es erscheint ebensowohl im Zustande des ruhigen Beharrens, wie im Zustande einer, Entstehung wie Untergang seiner selbst vermittelnden Bewegung.

Das Recht im ruhenden Zustande nun bietet der Anschauung sich dar ebensowohl nach seinem logischen Inhalt und Umfang, als auch nach seinen einzelnen sachlichen Bestandtheilen: seinen juristischen Wirkungen und Folgen,[2]) bezüglich deren Letzterer im Wesentlichen allen Rechten gemeinsam ist die Folge, daß bei beschehener Rechtsverletzung ein besonderes Rechtsmittel, die Klage, zur Beseitigung der Verletzung im Wege des Civilprocesses dem Verletzten erworben wird. Das Recht im bewegten Zustande dagegen offenbart sich in den Modalitäten seiner Erwerbung und seines Verlustes, sei es nun daß diese Veränderungen durch Rechtsgeschäfte oder durch einfache juristische Handlungen oder auch durch Ereignisse und Zustände herbeigeführt werden.[3])

Setzen wir nun mit dieser doppelten Phase im Dasein des Rechtes die Rechtsfähigkeit der Person in Verbindung, so entspricht dem Rechte im ruhenden Zustande die Fähigkeit zum Haben eines Rechtes, d. h. die Fähigkeit Träger des Rechtes zu sein und dessen

2) Das Recht im ruhenden Zustande ist eine Summe einzelner Befugnisse oder einzelner Folgen und Wirkungen, daher die Form des Denkens bezüglich desselben eine doppelte ist: die logisch-systematische Form, welche aus der Gesammtheit der einzelnen Befugnisse oder Wirkungen und Folgen das logisch Allgemeine abstrahirt, gleichzeitig aber auch das logisch Besondere scheidet, hiermit also den Inhalt und Umfang des Rechtes in Definitionen und Divisionen fixirt; sodann die nicht systematische Form, welche sich begnügt, die einzelnen Bestandtheile des Rechtes, jene Befugnisse oder Wirkungen u. Folgen im Besonderen aufzuzählen; vgl. not. 5.

3) Vergl. dazu Savigny, System §. 59. 204. 361. Kierulff, Theorie, p. 156. 157. Dieselben fassen jedoch, ebenso wie Böcking, Inst. §. 131. not. 2. das Recht, wenn es verletzt ist, als in Bewegung begriffen auf. Ich halte dies für unrichtig; denn weder die Verletzung, noch die actio setzen an sich das Recht, sondern immer nur den Verletzten in Bewegung. Anders freilich insoweit als Litiscontestation und Urtheil noch als Novation wirkten. Allein selbst hier bewirkt nicht die Klage an sich, sondern lediglich die Litiscontestation und das Urtheil die Bewegung des Rechtes.

abstracte juristische Wirkungen und Folgen an sich concret zu reproduciren, wogegen dem Rechte im bewegten Zustande die Fähigkeit zum Erwerben und Verlieren eines Rechtes entspricht. Die erstere dieser Partieen der Rechtsfähigkeit können wir mit Savigny, System §. 60. die Rechtsfähigkeit (im engeren Sinne), die letztere dagegen die Handlungsfähigkeit nennen, obgleich wir in letzterer Beziehung festzuhalten haben, daß auch die seltneren Fälle des Erwerbes und Verlustes durch Zustände und Ereignisse diesem letzteren Begriffe mit unterzuordnen sind.

Rechtsfähigkeit im e. S. und Handlungsfähigkeit erschöpfen jedoch noch nicht den Kreis der das Privatrecht betreffenden Rechtsfähigkeit der Person, vielmehr tritt als drittes Stück derselben noch hinzu die Fähigkeit zur Vornahme derjenigen Acte, durch welche die Klage im Civilprocesse verwirklicht wird, wofür die spätere röm. Kaiserzeit die technische Bezeichnung legitima persona standi in iudicio kennt.[4] Demnach haben wir daher in der auf das Privatrecht bezüglichen Rechtsfähigkeit der Person drei verschiedene Partieen zu scheiden: die Rechtsfähigkeit im engeren Sinne, die Handlungsfähigkeit im obigen weiten Sinne, und die Proceßfähigkeit oder persona standi in iudicio.

Wenden wir nun gegenüber diesem Resultate unseren Blick dem Alterthume zu mit der Frage, welche Auffassung bezüglich jener drei Partieen der Rechtsfähigkeit wir a priori den Römern beimessen dürfen, so ist die Richtschnur hierfür gegeben theils durch die Thatsache, daß die Römer, wie überhaupt die italischen Völker sehr frühzeitig bereits in Folge des zu Tage tretenden Bedürfnisses der einander zu communicirenden Rechtsfähigkeit zu einer Betrachtung der einzelnen Bestandtheile derselben hingeleitet werden mußten, theils durch den mehrfach ausgesprochenen Satz, daß der geistige Entwickelungsgang eines gesammten Volkes dem des einzelnen Menschen entsprechend ist. Und gleich wie die Anschauung des Menschen von dem Sinnlichen zum Geistigen sich erhebt, und hier stufenweise von dem Niederen zum Höheren emporsteigt, so beginnt ein gesammtes Volk mit einer Betrachtung und Auffassung der

---

4) So bei Iustinian in Rubr. Cod. III, 6. qui legitimam personam standi in iudiciis habeant vel non; persona legitima findet sich bereits in der Constitution von Honorius et Theodosius in C. Th. IV, 22, 6. (414).

sinnlich wahrnehmbaren Beziehungen der gegebenen Denkobjecte, und steigt allmählig erst empor zu einer Erfassung und Durchdringung des geistigen Seins, welches hinter der sichtbaren Form sich birgt. So ist auch die Auffassung des Rechtes von Seiten der in ihrer Kindheitsperiode stehenden Nationen eine sinnliche.

Stellen wir aber diesen letzteren Satz jener modernen Auffassung von dem Verhalten des Rechtes bezüglich der Person vergleichend gegenüber, so gewinnen wir vor Allem das Resultat, daß das Recht im ruhenden Zustande von den in den früheren Perioden geistiger Entwickelung begriffenen Nationen niemals nach seinem Inhalte und Umfange aufgefaßt werden wird. Denn diese logisch systematische Form des Denkens liegt den Menschen im Allgemeinen so wenig nahe, daß nur ein kleinerer Theil es vermag, während der gesammten Lebensdauer diese Formen wahrhaft sich zu eigen zu machen und kein Volk zu diesen Formen sich erhebt, bevor die Wissenschaft bei ihm erblühte und seinen Geist bildete und schärfte. Kein Gesetzbuch von Völkern in dieser Lebensperiode kann daher Normen in solcher logisch-systematischen Form bieten, weil solche Form des Denkens der sinnlichen Anschauung der Rechtsbildung am Fernsten liegt.

Wohl aber wird eine höhere Phase geistiger Entwickelung wenigstens die Gesammtheit der einzelnen sachlichen Bestandtheile der Rechte: ihrer juristischen Wirkungen und Folgen dem Bewußtsein vergegenwärtigen, und, wie der Gelehrte, der diese Stufe erreichte, in seinen Werken,[5]) so wird das Volk in seinen Gesetzen

5) So bestimmt Savigny, System I. p. 367. das Eigenthum durch die Definition: unbeschränkte und ausschließende Herrschaft einer Person über eine Sache; Mühlenbruch, Pand. §. 241. dagegen nur durch Partition (Aufzählung der gegebenen Bestandtheile) als: Befugniß die Sache zu besitzen, zu gebrauchen, darüber auf jegliche Art zu verfügen und sie von jedem Besitzer zu vindiciren. Die entsprechenden Stufen geistiger Anschauung weist das Alterthum nach; so definirt Servius Sulpicius bei Paul. lib. 38. ad Ed. (Dig. XXVI, 1, 1. pr.) die tutela als vis et potestas in capite libero ad tuendum eum, qui propter aetatem suam sponte se defendere nequit, iure civili data ac permissa, während Ulpian. lib. 39. ad Edict. (Dig. XXXVII, 1, 3. §. 2.) die Bon. Poss. bestimmt als ius persequendi retinendique patrimonii sive rei, quae cuiusque cum moritur fuit. Weitere Beispiele s. bei Böcking, Inst. §. 134. not. 15. 16. Das Urtheil, welches derselbe in Bezug hierauf in not. 18. abgiebt, ist jedoch nicht billigenswerth; weil

die Rechte nach den verschiedenen Wirkungen und Folgen bestimmen, welche jene characterisiren. Allein selbst eine erschöpfende Auffassung der einzelnen Bestandtheile der Rechte liegt den Kindheitsjahren der Nationen fern; denn wenn immer die einzelnen Befugnisse, welche die reellen Bestandtheile der Rechte bilden, der sinnlichen Anschauung näher treten, so setzt doch das Zusammenfassen je ihrer Mehrheit eine Reflexion und einen höheren Grad geistiger Thätigkeit voraus, als solcher jenen Völkern eigen ist. Daher begnügen sich die Völker, welche in jenem Lebensstadium sich befinden, damit, ein einzelnes evidentes der dem Rechte inliegenden Befugnisse herauszugreifen und in diesem des gesammten betreffenden Rechtes sich bewußt zu werden. Da nun aber unter allen diesen Befugnissen den sinnlich am Vollkommensten wahrnehmbaren Character die Klage gewinnt, um so mehr als sie regelmäßig im Wege des Civilprocesses verwirklicht wird und dann in eine bestimmte äußere Form sich kleidet; da ferner diese Folge von Vorn herein bei allen Rechten gleichmäßig sich vorfindet, gleichwohl aber auch bei jedem Rechte wiederum sich besonders characterisirt und gestaltet; da endlich auch die Klage die reellste Manifestation des Rechtes ist; so ist es die Klage, in welcher die in der ersten Periode ihrer Entwickelung stehenden Völker die Privatrechte sich vergegenwärtigen: die Klage oder das Klagerecht ist ihnen der metaphysische Repräsentant des Rechtes selbst und das Letztere wird nicht anders erschaut, gedacht, und gewußt, denn als Befugniß zu klagen.[6]) Wird daher die Kindheit der Völker diese

---

nicht von einem Denkfehler die Rede sein kann, sondern nur von einer höheren oder niederen Form des Denkens; häufig aber erfordern die historischen Verhältnisse dieser niederen Form des Denkens. Vergl. auch not. 2.

6) So beruht das griechische Recht in der obigen Beziehung auf dem Systeme der δίκαι u. γραφαί. — Eine ähnliche Wahrnehmung, wie im Obigen, machen bereits Kierulff, Theorie, p. 156. Böcking, Inst. I. §. 131. not. 4. Einen ganz eigenthümlichen Gebrauch davon macht aber Windscheid, die Actio des römischen Civilrechtes; er argumentirt: weil die Actio für die Römer der metaphysische Repräsentant des Rechtes selbst ist, uns aber nur als eine Folge des Rechtes sich darstellt, so ist die Actio des römischen und des modernen Rechtes etwas Verschiedenes. Wenn Windscheid solche wunderliche Argumentation consequent fest hält, so wird er auch sagen müssen, daß das sinnliche Object, welches zwei Personen von verschiedenen Seiten erschauen und demzufolge Beiden in verschiedener Form sich darstellt, in Wahrheit nicht Ein Object, sondern ein zwiefaches Object ist.

eine Beziehung der Rechtsfähigkeit, die Rechtsfähigkeit i. e. S. als Klagfähigkeit auffassen, so vermischt und verbindet sich doch zugleich mit diesem Begriffe auch das, was wir als besondere Substanz geschieden haben, nämlich die Proceßfähigkeit, so daß bei jenen Völkern der doppelte moderne Begriff der Rechtsfähigkeit i. e. S. und der Proceßfähigkeit in dem Begriffe der Klagfähigkeit seinen gemeinsamen metaphysischen Repräsentanten findet.

Was sodann die andere Beziehung in dem Verhalten der Rechte zur Person, das Recht im bewegten Zustande betrifft, so sind weder Zustände, und Ereignisse, noch einseitige Handlungen und Rechtsgeschäfte geeignet, die Entstehung und das Aufhören der Rechte zu veranschaulichen. Denn abgesehen davon, daß an Zustände und Ereignisse erst eine spätere Rechtsentwickelung Erwerb und Verlust der Rechte in einer ausgedehnteren Maaße anzuknüpfen pflegt, so stehen auch Beide in keiner äußeren Relation zu demjenigen, auf dessen Rechte sie einwirken, und andrerseits wirken einseitige Handlungen und Rechtsgeschäfte wiederum in der Regel nur in Bezug auf andere Personen, als den Handelnden selbst. Die Auffassung des Rechtes im bewegten Zustande wird daher in der Kindheit der Nationen das zweiseitige Rechtsgeschäft ins Auge nehmen, und der Handlungsfähigkeit der Person als Fähigkeit zum zweiseitigen Rechtsgeschäfte sich bewußt werden, damit die Letztere der Ersteren begrifflich substituirend.

So zeigt sich uns jenes wahre Gesetz der geistigen Entwickelung der Völker in einer Erscheinungsform, der die Möglichkeit des Wirklichseins zuzusprechen ist. Wir werden aber zunächst in §. V. jenes allgemeine Gesetz in einzelnen Kundgebungen als wirkendes in dem römischen Rechtsleben nachweisen, sodann aber zeigen, daß gerade auch in der obigen besonderen Erscheinungsform jenes Gesetz zu Rom wirkend zu Tage trat.

## §. V.

Das in §. IV. aufgestellte Gesetz, daß die Völker in ihrer geistigen Entwickelung den nämlichen Proceß durchleben, wie der einzelne Mensch, wenn immer auch in weit größeren Dimensionen und in viel zögernderer Progression, ist vielfach von der Wissenschaft im Allgemeinen anerkannt, wie auch auf Rom im Besonderen über-

tragen worden,[7]) obwohl die Kundgebungen, in denen man die Verwirklichung jenes Gesetzes anerkannte, im Einzelnen verschieden sind. Andrerseits wird auch die Neigung jugendlicher Volksrechte für Versinnlichung des Rechtsgeschäftes vielseitig ausgesprochen und dieser Zug tritt namentlich in dem römischen Rechte und hier gerade in dem civilen Rechtsgeschäfte so marquirt hervor, daß hier jene Bemerkung ganz von selbst dem Schriftsteller sich darbietet. Eine Combination dieser Erscheinungsform mit jenem psychologischen Lebensgesetze führt daher ganz von selbst zu dem Satze, daß jenes naturgegebene Gesetz vornämlich in einer Versinnlichung, wie überhaupt in seiner sinnlichen Anschauung des Rechtes im Allgemeinen sich offenbare, eine Wahrnehmung, die, wie bemerkt, in der That bestätigt wird durch die allgemeine Erkenntniß, daß jedes geistige Organon in seiner Anschauung und Vorstellung von dem Sinnlichen zum Geistigen sich erhebt; — so auch die Völker in ihrer Sprache, ihrem Cultus, in der Kunst und Poesie, in der Philosophie, wie nothwendig auch in dem Rechte.

Die sinnliche Anschauung und Auffassung des Rechtes wirkt aber am Stärksten je entfernter das Zeitalter ist von dem Culminationspunkte geistiger Bildung der Nation. So mögen wir annehmen, daß zu Rom bis zur Entstehung des ius gentium jene Anschauungsweise am Reinsten sich ausprägte, mit diesem Zeitpunkte aber ihre Abschwächung beginnt. Bis zu dem Zeitalter dagegen, wo der antike Menschengeist von seiner Höhe in die kindische Schwäche des Alters zurückfiel, müßte nothwendiger Weise alle Kundgebung jener Anschauungsweise abgestoßen worden sein, wenn nicht das Gesetz der Beharrungskraft des Traditionellen zu Rom mit ganz besonderer Macht gewirkt hätte. So daher erklärt sich, daß die Spuren jener Anschauungsweise selbst in dem Corpus Iuris uns entgegentreten.

Diese Anschauungsweise offenbarte aber ihr Wirken vornämlich in dreifältiger Kundgebung: zunächst in der Gestaltung von Rechtsgeschäft und Klage, indem man z. B. theils Rechtsgeschäft und Klage in solenner Form sinnlich ausprägte, theils in diesen

---

7) Vergl. Böcking, Inst. I. §. 7. Manche Spuren jener sinnlichen, wie versinnlichenden Auffassung des Rechtes Seitens der in ihrer Kindheit stehenden Völker bietet der anziehende, sinnige Aufsatz Jacob Grimms, Von der Poesie im Rechte, in Zeitschr. II. p. 25. sq.

Formen nach Möglichkeit die juristische Bedeutung des Actes versinnlichte, so durch das handgreifliche Erfassen und das Berühren mit der festuca, als Symbol der Prätension des Eigenthumsrechtes, welches bei dem Erwerbe des Letzteren durch Rechtsgeschäft, wie bei der Vindication zu Tage tritt; sodann zweitens in gewissen leitenden Rechtsprincipien, wie z. B. in jenem Principe des ius, welches das Wort der Disposition, nicht den dahinter sich bergenden Gedanken des Disponenten als die herrschende Potenz im Rechte proclamirt (s. Thl. I. §. 9.), ingleichen in dem Principe, daß die actio aus dem Rechtsgeschäfte nicht von dem Inhalte desselben, dem materiellen Rechtsgeschäfte, sondern von der Form desselben, dem formellen Rechtsgeschäfte bestimmt ward (s. §. XXXI.); endlich drittens aber auch in manichfachen, das Wesen selbst des Rechtes betreffenden Beziehungen. In letzterer Hinsicht aber ist für uns von besonderem Interesse die Art und Weise, wie die Römer die allgemeinen Beziehungen der Rechte zu dem Menschen: die Rechtsfähigkeit der Person und die Berechtigung des Subjectes sich dachten. Zunächst

A. in Bezug auf die Rechtsfähigkeit der Person nehmen wir folgende Anschauung der Römer wahr:

1. man faßte in den früheren Perioden des römischen Rechtslebens das Recht nicht auf als Inbegriff von Satzungen über einzelne Befugnisse, oder über einzelne Wirkungen und Folgen, noch auch als Inbegriff von Satzungen über die einzelnen Gründe der Entstehung und des Unterganges der Rechte, sondern man concentrirte jene zwiefältige Beziehung des Rechtes theils:

a. um die Begriffe des zweiseitigen Rechtsgeschäftes: connubium und commercium, und der Klage: actio, worüber s. §. XXIX; theils

b. um die Begriffe des zweiseitigen Rechtsgeschäftes: commercium, und der Gesammtheit der Rechtsobjecte: res, d. i. res privata oder familiaris. Diese Erscheinung offenbart sich in dem Interdicte bezüglich des prodigus, worin res in Vergleichung zur actio (unter a.) als der weitere Begriff sich darstellt und diese mit umfaßt; vergl. hierüber §. XVIII. not. 37.

2. man faßte das Recht nicht auf als Inbegriff von Satzungen über ein gegebenes Lebensverhältniß, und die entsprechende Rechtsfähigkeit der Person nicht als Fähigkeit zur Theilnahme an solchen Satzungen, sondern man identificirte gewissermaaßen das

Lebensverhältniß und die ordnende Regel, und gewährte oder entzog nicht die Fähigkeit zu solchem Verhältnisse, sondern das Verhältniß selbst, daher nicht die facultas oder das ius connubii, commercii, testamentifactionis, und actionis, sowie (bezüglich 1 b.) rei, sondern man verlieh oder entzog connubium, commercium, testamentifactio, actio, und res selbst. Genau das nämliche gilt, wo honor statt ius honoris, suffragium oder suffragii latio statt ius suffragii entzogen oder verliehen wird;[8]) vgl. §. VI—VIII. XXX. sowie Beilage XV. §. III. Sodann

B. auf dem Gebiete der Berechtigung treten folgende Erscheinungen zu Tage:

1. Man faßte das Recht nicht auf als Inbegriff von Satzungen über ein gegebenes Lebensverhältniß, und die entsprechende Berechtigung der Person nicht als Innehaben der Befugnisse, welche den besondern Inhalt je des Rechtes bilden, sondern man identificirte gewissermaaßen das Lebensverhältniß und die ordnende Regel und attribuirte dem Berechtigten nicht das Recht, sondern das Lebensverhältniß selbst, daher nicht ein ius hereditatis, ius dominii, ius servitutis, ein ius eundi, utendi fruendi, agendi, sondern eine hereditas, dominium, servitus, iter, via, ususfructus, actio, worüber vergl. Schilling Inst. §. 184. not. b. c. §. 198. not. b—d. q. z. §. 191. not. b. d. Elvers, röm. Servitutenlehre p. 386. not. b. und was die actio betrifft §. XXVI.; vergl. auch Beil. XV. §. III.

2. Man faßte das Recht des Subjectes bezüglich einer Sache nicht auf als Inbegriff von Befugnissen, welche unmittelbar oder durch das Mittel einer anderen Person auf eine Sache sich beziehen, sondern man identificirte gewissermaaßen die Sache mit dem Rechte selbst und erhob so das Object zu dem metaphysischen Repräsen-

8) So z. B. Liv. XXXVIII, 36.: sine suffragio habuerant civitatem, u. promulgavit, ut iis suffragii latio esset; Vellej. Pat. I, 14.: data est civitas — — sine suffragio; sine suffragio data civitas, obgleich andrerseits auch: suffragii ferendi ius datum. — Mit Rücksicht auf Obiges zogen wir daher in dem XII Tafelgesetze in Beilage XV. §. I. die Redaction vor, welche das nexum mancipiumque, nicht aber das nexi mancipiique ius verleihen ließ. Nicht kommt hiergegen in Betracht Liv. XXXV, 7., wo pecuniae creditae ius, nicht aber pecunia credita verliehen wird; denn die pecunia credita bezeichnet gar nicht ein Lebensverhältniß, sondern nur deren Object, so daß daher dieser Fall ein ganz anderer ist.

tanten des Rechtes; dies tritt zu Tage in den Erscheinungen bei Böcking Inst. I. §. 22. bei not. 1. hinsichtlich des Eigenthumsrechtes; ferner in der sprachlichen Identificirung des Rechtes und seines Objectes als mancipium, sowie als mutuum, commodatum, depositum, pignus und fiducia, worüber vergl. Schilling, Inst. §. 264. Zusatz, §. 204. not. a. b., §. 209. not. c.; nicht minder in der Ausdrucksweise bei Liv. XXXV, 7. (s. not. 8.), wo statt obligatio pecuniae creditae schlechthin pecunia credita gesagt und statt des ius obligationis quae ex pecunia credita oritur das ius pecuniae creditae verliehen wird; endlich auch darin, daß die Römer eine einige Eigenthumsklage nicht kennen, sondern statt deren eine rei vindicatio und negatoria in rem haben, weil eben jene nicht die durch das Eigenthumsrecht gewährten Befugnisse in ihrer Gesammtheit schützt, sondern lediglich die unmittelbare Beziehung zu dem Objecte, während vom modernen Gesichtspunkte aus vindicatio und negatoria durch ihren juristischen Grund (Eigenthum) und ihren juristischen Zweck (Anerkennung des Eigenthumes und Beseitigung der Störung desselben) in Wahrheit vollständig identisch erscheinen und für identisch auch erklärt werden müssen.

Alle diese Momente, die noch durch die in §. XXVI. XXVIII—XXX. sich uns darbietenden Wahrnehmungen wesentlich unterstützt werden, dürften aber genügen, um die Wirksamkeit des von uns behaupteten Gesetzes zu begründen, jenes Gesetzes nämlich, daß die Auffassung des Rechtes von Seiten des ältesten Roms in Wahrheit eine sinnliche war. Aus dieser Wahrnehmung aber gewinnen wir die Erkenntniß, wie die Bildung der Begriffsgruppe von conubium, commercium und recuperatio, resp. actio auf national-psychologischem Gesetze beruht: wir erkennen damit den leitenden Gesichtspunkt, der das Alterthum zur Bildung jener Gruppe bestimmte, und erkennen, wie die Verschiedenheit zwischen der Anschauung der antiken Welt und der Neuzeit nicht bloß einfach historisch gegeben, sondern ebensowohl durch höhere Voraussetzungen bedingt ist, wie auch mit anderen gleichartigen Erscheinungen in innerem Zusammenhange steht. Indem wir uns nun in §. VI—XXVIII zunächst der Erörterung der in Frage stehender leitenden drei Hauptbegriffe mit ihren Pertinenzen zuwenden werden wir sodann in §. XXIX sq. den hier abgebrochenen Gedankengang wieder aufnehmen.

## B.

### Conubium, commercium, testamentifactio.

### §. VI.

Conubium oder connubium,[9]) später auch ius conubii,[10]) findet sich in den Quellen in folgenden juristischen Bedeutungen:

1. Abstracte Fähigkeit der Person zur Eingehung und Lösung der civilen Ehe, wie überhaupt zur Theilnahme an dem die civile Ehe begründenden oder lösenden Rechtsgeschäfte, ein Begriff, wofür die späteren Griechen die Bezeichnungen ἐπιγαμία, συγγαμία (vergl. Gloss. Labb.) anwenden. Dieser Begriff findet sich z. B. bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V. §. 3. 4.), Papinian. lib. 15. Resp. (Collat. IV, 5. §. 1.) und wir werden denselben, da ihm gerade die maaßgebende Bedeutung für uns zukömmt, in §. IX sq. näher erörtern. Derselbe wird übrigens theils absolut gebraucht, so in Bezug auf den Peregrinen, wie auch auf den Sclaven (vgl. jedoch unten not. 13.), theils auch relativ, in Bezug nämlich auf cives Romani, denen an sich zwar das conubium zukömmt, wohl aber in Bezug auf gewisse Classen von cives Romani mangelt, so den Plebejern gegenüber den Patriziern, den mit der Civität beliehenen Hernikern unter einander; allein es ist dies lediglich eine verschiedene Anwendung des nämlichen Begriffes, die überdem in der Kaiserzeit verschwand;[11])

2. Verhältniß der rechtlich sancirten Wechselheirath zwischen zwei civitates, somit Inbegriff der Wirkungen, welche die Gemein-

---

9) Die epigraphischen Quellen, die Handschrift der fragm. Ulpians, der Instit. des Gaius, die Florentina haben conubium; dagegen die übrigen handschriftlichen Quellen meist connubium; doch findet sich Letzteres mitunter auch in Inscriptionen, so in dem Militärdiplom Hadrians v. J. 124 bei Henzen, Bullet. archeolog. 1848. p. 29. und Jahrb. d. Ver. v. Alterth. fr. des Reinl. XIII. 1848. p. 63.

10) So Boëth. ad Cic. Top. 4, 20. p. 304. Or., Prudent. in Symm. II. 613., auch in zwei tab. hon. miss. von Gordian III. aus dem J. 243 und Philippus aus dem J. 248 (s. not. 799).

11) Wo in der Kaiserzeit zweien Personen, deren jede für sich das conubium hat, in Bezug auf einander das conubium abgesprochen wird, da wird regelmäßig dasselbe nicht in der obigen Bedeutung, sondern im Sinne unter 4. aufgefaßt.

sammachung des conubium unter 1. zwischen zwei Völkern hervorbrachte, so bei Liv. I, 9, 1.: connubia non erant Romanis cum finitimis; IX, 34, 5.: haec (familia) connubia patrum et plebis interrupit, Cic. de Orat. I, 9, 37.: Romulus — Sabinorum connubia coniunxisse — videtur, de Rep. II, 37.: disiunctis populis tribui solent connubia;

3. Geschlechtsverbindung zu dauerndem Zusammenleben, und zwar:

a. Ehe, sonach synonym mit matrimonium oder coniugium,[12]) so bei Sallust. Iug. 18., Liv. I, 13, 3., Curt. 8, 4. fin., Tac. Hist. III, 34., und in den Stellen in Thl. II. §. 119.

b. eheähnliche Geschlechtsverbindung (vergl. not. 12.), wie zwischen einer civis und einem Sclaven, so in den Stellen in Thl. II. §. 119.

4. Fähigkeit zur Eingehung der Ehe; hier greift das conubium über das Gebiet des ius civile hinaus und gewinnt eine Beziehung zur Ehe überhaupt, demnach mit Einschluß des matrimonium im Allgemeinen, daher diese Bedeutung erst von dem Zeitpunkte an sich bilden konnte, wo man neben der civilen Ehe noch eine Ehe in abstracto anerkannte (s. Thl. II. §. 82. 110).[13])

---

12) Vgl. Gloss. Par. ed. Hildebrand n. 417.: connubium, coniugium, matrimonium; Gloss. Labb.: coniugium et connubium, συνζυγία ἐπὶ γάμου, συμβίωσις· connubium, γάμος.

13) Gegenüber dem Begriffe unter 1. konnte daher erst in der Kaiserzeit der obige Begriff herrschend werden, ward dies aber auch in der That, daher jetzt, wenn dem Sclaven conubium abgesprochen wird, regelmäßig der obige Begriff maaßgebend ist. — Wenn trotz der Unfähigkeit zur Ehe eine ehemäßige Geschlechtsverbindung eingegangen wurde, so war solche entweder contubernium oder concubinatus oder rechtswidrige Geschlechtsverbindung, worüber im Einzelnen gezweifelt werden konnte; vgl. z. B. Ulp. lib. 3. ad l. Iul. et Pap. (Dig. XXIV, 2, 11. pr. fin.). Wenn nun die rechtswidrige Geschlechtsverbindung als matrimonium iniustum bezeichnet wird, so von Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 7.), so darf dies nicht so aufgefaßt werden, als ob trotz des mangelnden conubium eine Ehe bestünde und als ob somit conubium im Sinne unter 1., die Ehe aber als nach ius gentium bestehend aufzufassen wäre; vielmehr hat solchenfalls matrimonium gar nicht die Bedeutung von Ehe, sondern nur von eheähnlicher Verbindung, so daß also das incestum matrimonium gar kein matrimonium im eigentlichen Sinne ist, Gai. Inst. I, 64., daher auch die Kinder aus solchem sogen. matrimonium spurii, nicht aber nothi sind; vergl. Beil. X. §. VI.

Dieser Begriff wird theils in absoluter Beziehung gebraucht: so in Bezug auf den Sclaven bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 5.), Constantinus in C. Iust. V, 5, 3. pr.; in Bezug auf die liberta, welche mit dem Patron verehelicht gewesen, aber von diesem wider seinen Willen sich geschieden hat, und die nun ohne des Patrons Genehmigung nach der lex Iulia et Papia Poppaea keine Ehe wieder eingehen kann, bei Ulp. lib. 2. ad l. Iul. et Pap. (Dig. XXV, 7, 1. pr.), lib. 3. eod. (Dig. XXIII, 2, 45. §. 4. 6., XXIV, 2, 11. pr. §. 2.), Alexander in C. Iust. V, 5, 1.; theils in relativer Beziehung, so in Bezug auf Verwandte und Verschwägerte bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 6.), Gai. Inst. I, 59.

Der Begriff unter 1. ist der für uns maaßgebende und in §. IX sq. zu erörternde, nicht aber der ursprüngliche und ächt römische; vielmehr nehmen wir, gestützt auf die Gesetze der Wortbildung an, daß der ureigne antike Begriff der der rechtlich sancirten Wechselheirath zwischen zwei Völkern war (vgl. Beil. XV. not. 3.) Demnach bezeichnete conubium von Vorn herein lediglich ein juristisch normirtes Lebensverhältniß, und indem die Römer die Verleihnng des conubium aussprachen, so verliehen sie, ihrer Anschauungsweise gemäß, an und für sich nur dieses Rechtsverhältniß (s. oben §. V.). Allein materiell hatte solche Verleihung in der That die Bedeutung einer Verleihung von civilem Eherechte und sollte solche in Wahrheit haben, so daß demnach dieselbe keinen anderen Sinn hat, denn eine Verleihung des ius conubii, d. i. der das conubium regelnden Norm zu sein. Da nun aber diese Verleihung von Rechtssatzungen in der Anschauungsweise des Alterthumes genau die nämliche Stelle einnimmt, wie nach moderner Auffassung die Verleihung der Rechtsfähigkeit in Bezug auf Rechtssatzungen (vgl. Beil. XV. §. III.), so gelangen wir hiermit zu dem Begriffe unter 1., den auch das Alterthum bereits anerkennt.

## §. VII.

Commercium findet sich in folgenden juristischen Bedeutungen in den Quellen:

1. Abstracte Fähigkeit der Person zur Vollziehung, wie überhaupt zur Theilnahme an dem civilen Rechtsgeschäfte, in soweit solches nicht durch das Innehaben einer anderen Stufe civiler

Rechtsfähigkeit (ius suffragii, connubii, actionis) bedingt ist. Dieser Begriff ist für uns von maaßgebender Bedeutung und wird in §. XI sq. erörtert werden. Die späteren Griechen bedienen sich dafür des lateinischen Wortes in der Form κομμέρκιον, so Theoph. Paraphr. III, 19. §. 2. vergl. auch Harmenop. II, 5. Rubr. u. §. 20.

2. Verhältniß des civilen Geschäftsverkehres zwischen zwei Völkern, somit Inbegriff der Wirkungen, welche die Gemeinsammachung des commercium im Sinne unter 1. zwischen zwei Nationen hervorbringt, so bei Liv. XLI, 23, 18.: amicitia et commercium sit, Hermogenian. lib. 1. Iur. Epit. (Dig. I, 1, 5.): Ex hoc iure gentium (Völkerrecht, s. Thl. II. §. 111.) introducta bella, discretae gentes, regna condita, — — commercium, wo jedoch auch die Bedeutung unter 3. statthaft ist;

3. Rechtsgeschäftlicher Verkehr, Rechtsgeschäft, Handelsverkehr, Handelsgeschäft, Geschäftsverkehr, Geschäft, — Bedeutungen, welche mit einander verwandt, oft völlig in einander fließen. In diesem Sinne findet sich der Ausdruck bei Sallust. Iug. 18. (commercia), Cic. in Verr. IV, 59, 133. Liv. IV, 52. Plin. Paneg. 29., Tac. Agr. 28. (per commercia venumdari), Pompon. lib. 1. ex Var. Lect. (Dig. XLIX, 15, 6.), Ulp. lib. 8. de Omn. Trib. (Dig. L, 14, 3.), Paul. lib. 33. ad Edict. (Dig. XVIII, 1, 34. §. 1.), Diocletianus et Maxim. in C. Iust. VIII, 51, 10—13. 15—17. Constant. in C. Th. VII, 20, 7., Valentinianus, Valens et Gratianus in C. Th. XI, 4, 1., Theodorius, Arcadius et Honorius in C. Th. XIII, 11, 5., Arcadius et Honorius in C. Th. XIII, 1, 18., Honorius et Theodosius in C. Th. VIII, 1, 15., Theodosius in Nov. Theod. XVIII, 1. pr., Isid. Orig. V, 17. Vergl. auch Gloss. Labb.: commercium, συναλλαγή, ἐπιμιξία.

4. commercium rei, Fähigkeit der Person:[13a])

a. civile Rechte an einer Sache zu erwerben, so Cic. in Verr.

---

13a) Der Unterschied von a. und b. mag hier lediglich durch folgende beide Stellen begründet werden: zu a. Modestinus lib. 5. Regul. (Dig. XX, 1, 24.): In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur; zu b. Marcianus lib. sing. ad form. hypoth. (Dig. XX, 3, 1. §. 2.): Eam rem, quam quis emere non potest, quia eius commercium non est, iure pignoris accipere non potest. — — Quid ergo, si praedium quis litigiosum pignori receperit? etc. Vgl. auch Thl. II. not. 98.

III, 40, 93. (commercium in eo agro nemini [i. e. peregrino] est), Labeo und Proculus bei Paul. lib. 5. ad l. Iul. et Pap. (Dig. XXXI, 1, 49. §. 2. 3.: ager cuius commercium non habes), Ulp. lib. 2. fideicom. (Dig. XXX, 1, 40.); vgl. Thl. II. §. 91.

b. Privatrechte an einer Sache zu erwerben, so Cic. in Verr. II, 50, 124. (woselbst bildlich s. Thl. II. not. 457), Pomponius lib. 6. und 9. ad Sabin. (Dig. XXX, 1, 39. §. 10. XVIII, 1, 6. pr.: loca quorum commercium non est), Paul. lib. 2. Manual, (Dig. XLI, 1, 62.), Ulp. lib. 48. ad Sabin. (Dig. XLV, 1, 34.).

Auch hier nehmen wir bezüglich des maaßgebenden Begriffes unter 1. den entsprechenden historischen Entwickelungsgang an, wie beim conubium: von Vorn herein bezeichnet das commercium den rechtlich normirten Geschäftsverkehr zwischen zwei Völkern (vergl. Beilage XV. not. 3.), daher nach ältester römischer Anschauung an und für sich nur dieses Lebensverhältniß verliehen ward. (s. oben §. V.). Allein die sachliche Bedeutung dieser Verleihung war Verleihung des jene Verhältnisse regelnden civilen Rechtes (Beilage XV. §. III.), was wiederum sachlich gleichbedeutend erscheint mit einer Verleihung der Fähigkeit zur Theilnahme an solchem Rechte: Begriff unter 1.

## §. VIII.

### Testamentifactio.

Testamentifactio oder factio testamenti[14]) oder testandi ius[15]) bezeichnet

1. Abstracte Fähigkeit zur activen, wie passiven Betheiligung an dem nach ius civile Romanorum errichteten Testamente, — mit Ausschluß jedoch der der mortis causa capio entsprechenden Honorirung, welche iuris gentium ist; bei Theoph. Paraphr. II, 10. §. 6. findet sich dafür τεσταμέντι φακτίων. Dieser Begriff wird in §. XIX sq. näher erörtert werden.

2. Fähigkeit ein gültiges Testament zu errichten,[16]) so bei

14) So Cic. ad Fam. VII, 21.

15) So Ulp. lib. 1. fideic. (Dig. XXX, 1, 2.); s. auch Thl. II. not. 1038.

16) Mehrfach wird solchenfalls gesagt: testamenti faciundi ius, wie von Gai. Inst. II, 113. III, 75., lib. 17. ad Ed. prov. (Dig. XXVIII, 1, 6. 8. §. 3.), Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XX, 16.), lib. 39. ad Edict. (Dig.

Iulianus lib. 21. Dig. bei Ulp. lib. 36. ad Ed. (Dig. XXVII, 3, 1. §. 1.), lib. 62. Dig. (Dig. XLIX, 15, 22. pr.), Papinian. lib. 29. Quaest. (Dig. eod. 10. §. 1.), Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XVI, 1ᵃ), lib. 36. ad Edict. (Dig. XXVII, 3, 1. §. 1.), lib. 39. ad Ed. (Dig. XXXVII, 11, 1. §. 8. 9.), lib. 45. ad Ed. (Dig. XXIX, 1, 1. pr.) lib. 33. ad Sabin. (Dig. XXIV, 1, 32. §. 8.), lib. 44. ad Sab. (Dig. XXXIX, 5, 7. §. 6.).

3. Fähigkeit des in potestate Befindlichen, seinem Gewalthaber in Folge Testamentes eines Dritten einen Erwerb zu vermitteln, so bei Pompon. lib. sing. Reg. (Dig. XXVIII, 1, 16. pr.):

> filiusfamilias et servus alienus — — testamenti factionem habere dicuntur; licet enim testamentum facere non possunt, attamen ex testamento vel sibi vel aliis acquirere possunt;

und I. Iust. II, 19. §. 4.[17]) Diesen Begriff haben wir indeß als einen völlig müßigen zu bezeichnen, da das Erwerben des Sclaven, wie filiusfamilias für den Gewalthaber sich zwar als Fähigkeit Jener auffassen läßt, die juristischen Regeln über solchen Erwerb jedoch im Wesentlichen nicht den solchen Erwerb Vermittelnden, sondern lediglich denjenigen ins Auge fassen, dem der Erwerb vermittelt wird. Daher erscheint solcher Erwerb nicht abhängig und bedingt von Requisiten, die in dem Sclaven und filiusfamilias beruhen, sondern einzig und allein von Requisiten in der Person des Gewalthabers d. h. von dessen potestas, wie testamentifactio; vergl. Gai. lib. 17. ad Ed. prov. (Dig. XXVIII, 5, 31. pr.), Papin. lib. 16. Quaest. (Dig. XXXIII, 3, 5.), Paul. lib. 10. Quaest. (Dig. XXXI, 1, 82. §. 2.), I. Iust. II, 14. §. 3. Ebensowenig daher, als man dem praedium commercium beilegt, weil es durch Alluvion einen Eigenthumserwerb für den Eigenthümer vermittelt, ebenso ist obiger Begriff auf eine auf rein äußerlicher Betrachtung der Verhältnisse beruhende vulgäre Auffassung zurückzuführen, die von Pompon., wie vom Verfasser des §. 4. I. cit. lediglich referirt, nicht aber getheilt wird (dicuntur).

---

XXXVII, 11, 1. §. 8.), oder testamenti faciendi facultas, wie bei Modestinus lib. 5. Pand. (Dig. XXVIII, 1, 19.).

17) Ob diese Stelle aus Pompon. lib. sing. Reg. (vergl. Dig. cit.) oder aus Florentin. lib. 10. Inst. (vgl. Dig. XXVIII, 5, 49. §. 1.) entnommen sei, bleibt dahin gestellt.

4. Testamentserrichtung, so bei Aelius Gallus in Fest. s. v. uexum p. 165., Iustinianus in Cod. VI, 23, 28.

Auch hier ist das historische Verhältniß des Begriffes unter 1. das entsprechende, wie bezüglich das conubium und commercium: der Begriff unter 4. ist der älteste und ursprüngliche; indem man nun die testamentifactio ertheilte, war dies an sich nur Verleihung eines Rechtsgeschäftes; allein dieser Gedanke trug die Beziehung auf das solches Geschäft regelnde Recht in sich und erlangte hiermit die sachliche Bedeutung, welche in dem Begriffe unter 1. zu Tage tritt (vgl. oben §. V. und Beilage XV. §. III.).

## §. IX.

Indem wir zunächst dem Begriff conubium (§. VI. unter 1.) uns zuwenden, so finden wir zwei Definitionen uns überliefert,[18]) zunächst von Ulp. lib. sing. Reg. (fr. V, 3.):

conubium est uxoris iure ducendae facultas,

sodann von Serv. in Aen. I, 73.:

conubium est ius legitimi matrimonii.

Beide Definitionen besagen im Wesentlichen das Nämliche: die von Ulpian überlieferte faßt das conubium in seiner Beziehung zum Manne auf und bezeichnete es demnach als Fähigkeit, mit einer Frau eine nach ius civile Romanorum bestehende (s. Beilage X. §. II.) Ehe einzugehen, während in der Definition des Servius das conubium in ähnlicher Weise als Fähigkeit von Mann, wie Frau zur civilen Ehe bezeichnet wird. Vollkommen übereinstimmend hiermit ergiebt sich der Begriff in dem Berichte des Livius über die Canulejische Rogation hinsichtlich des conubium zwischen den Patriziern und Plebejern,[19]) wo Dionys. X, 60. den Ausdruck ἐπιγαμίας συνάπτειν gebraucht, sowie in dem Gesuche der Cam-

18) Unbeachtlich ist die Ueberlieferung des Isid. Orig. IX, 7, 21.: connubium autem non a nupta, sed a nubenda formatum. Dicitur autem connubium, cum aequales in nuptias coeant, utputa cives Romani, pari utique dignitate. Connubium autem non est, cum civis Romanus cum Latina iungitur. Die Bedeutungen von §. VI. unter 4. (mit Rücksicht auf das Eherecht der lex Iulia et Papia Poppaea) und §. VI. unter 1. laufen hier durch einander.

19) Liv. IV, 1—6., insbesondere c. 4, 7—10. und namentlich §. 11.: quid enim in re est aliud, si plebejam patricius duxerit, si patriciam plebejus?

paner um Ertheilung des römischen conubium: ut sibi cives Romanas ducere uxores liceret.[20]) Wenn wir daher das conubium definiren könnten, als die Fähigkeit, ein iustum matrimonium einzugehen, so haben wir gleichwohl dieser Bestimmung zunächst das Merkmal beizufügen, daß jene Fähigkeit lediglich eine abstracte ist. Denn wenn dem infans civis Romanus kraft seiner Civität das conubium in der That zukömmt, gleichwohl aber um seiner infantia willen die Fähigkeit ihm fehlt, wirklich eine Ehe einzugehen, so ergiebt sich hieraus, daß bei jenem Begriffe des conubium abgesehen wird von allen den besonderen Verschiedenheiten, welche, durch die Natur oder durch Einwirkung auf dieselbe begründet, am Menschen zu Tage treten, und zwar nicht allein von denjenigen Unterschieden, welche in der Regel das Recht ganz unberücksichtigt läßt, nämlich von den rein individuellen Unterscheidungsmerkmalen, sondern selbst von denjenigen Verschiedenheiten, welche in der Regel vom Rechte als relevant berücksichtigt werden, nämlich von den Distinctionen der Menschen je nach gewissen, durch Naturgesetz gegebenen Species. Mit Rücksicht hierauf mögen wir daher mit Recht dem conubium den Character des Abstracten beimessen.[21])

Ein weiterer Zusatz zur obigen Definition wird dadurch an die Hand gegeben, daß zwei Formen der Begründung, wie Auflösung der civilen Ehe: die confarreatio, wie coemtio, und die diffarratio, wie remancipatio Solennitätszeugen erfordern, die Fähigkeit zur Uebernahme solcher Function aber nach Analogie dessen, was bezüglich des commercium festzustellen ist (§. XVI.), zweifelsohne ebenfalls von dem conubium abhängig ist. Wenn nun dieses Merkmal in den obigen Definitionen wahrscheinlich um deßwillen übergangen ist, weil die Römer es als selbstverständlich ansahen, daß, wer die Fähigkeit hatte, als Hauptperson das die Ehe betreffende Rechtsgeschäft zu schließen, auch die Fähigkeit

---

20) Liv. XXXVIII, 36. s. Thl. II. §. 35. Das weitere Petitum: et, si qui prius duxissent, ut habere eas, et ante eam diem nati, uti iusti sibi liberi haeredesque essent, ist dadurch bedingt, daß ebensowenig, wie die Verleihung der Civität, so das conubium an sich retrotractive Kraft hatte; vergl. Thl. II. §. 11. not. 62.

21) Dieses Merkmal findet ebensowenig bezüglich des commercium, vielmehr lediglich bezüglich der testamentifactio seinen Ausdruck. Eine entsprechende technische Bezeichnung dafür fehlt bekanntlich der römischen Sprache.

haben mußte, dabei als Solennitätsperson zu fungiren, so sind wir selbst nun in der Lage, ebensowohl diese römische Auffassung zu adoptiren, als auch abweichend davon, jenem Merkmale einen besonderen Ausdruck zu geben. Das Letztere ziehen wir als angemessener vor.

Ein ähnliches Verhältniß waltet ferner ob insofern, als mit der Fähigkeit, die civile Ehe einzugehen, selbstverständlich auch die Fähigkeit verknüpft ist, solche wiederum zu lösen, und als endlich auch die Fähigkeit, durch usus die manus über die Ehefrau zu erwerben, durch das conubium bedingt erscheint. Denn was diesen letzteren Punkt anbetrifft, so bietet das commercium die genügende Analogie (§. XVI.), und gleichwie hier die usucapio als Stellvertreter und Begleiter des civilen Erwerbsgeschäftes, so verhält sich dort der Erwerb durch usus ergänzend und stellvertretend zum Eheabschlusse. Daher mochte man auch hier, wie auf dem Gebiete des commercium, die Fähigkeit zu usucapiren als selbstgegebenes Annexum der Fähigkeit zu mancipiren auffassen, und somit bei Definirung des conubium die obigen beiden Momente als selbstverständlich bei Seite lassen. Auch hier daher steht es in unserer Wahl, in die Definition von conubium beide Momente mit aufzunehmen, oder, an die römische Auffassung uns anschließend, solche unerwähnt zu lassen. Wir glauben hier, was den usus betrifft, unbedenklich das Letztere vorziehen zu dürfen, während wir dem Momente der Lösung der Ehe einen besonderen Ausdruck zu geben für angemessen erachten.

Nach Alle dem definiren wir daher das conubium als:

> abstracte Fähigkeit der Person zur Eingehung und Lösung der civilen Ehe, wie überhaupt zur Theilnahme an dem die civile Ehe begründenden oder lösenden Rechtsgeschäfte.

Die besonderen Beschränkungen in den Wirkungen des conubium endlich, welche eintraten, sobald solches dem Peregrinen verliehen wurde, und die dadurch bedingt waren, daß der peregrina, wie dem peregrinus der Eintritt in die römische Agnation versagt blieb, gehören nicht hierher, sondern sind in Thl. II. §. 18. erörtert.

## §. X.

Wenn wir an der in §. IX. gegebenen antiken Wesenbestimmung von conubium streng festzuhalten haben, so lange als

nicht Gründe gefunden sind, welche ein Abgehen von derselben erheischen, so tritt gleichwohl, wie in §. II. bemerkt, in der modernen Wissenschaft das Bestreben zu Tage, dem conubium ganz unmittelbar eine weiter greifende Beziehung im römischen Rechte beizumessen, und unter den Koryphäen unserer Wissenschaft[22]) ist es namentlich Böcking, Inst. §. 33., bei welchem das conubium definirt wird als die Fähigkeit zu allen nach römischem Civilrechte möglichen Rechten, welche durch die Mitgliedschaft in einer römischen Familia begründet werden. Das Tadelnswerthe einer derartigen Definirung liegt zunächst darin, daß sie theils formal falsch ist, insofern lediglich durch consecutive Merkmale das Wesen des Begriffes bestimmt wird, da die Fähigkeit zur Theilnahme an den durch die römische Familie begründeten Rechten lediglich als Folge und zwar lediglich als bedingte Folge zu dem conubium sich verhält;[23]) theils aber auch material unwahr ist, insofern als manche nach römischem Civilrechte möglichen Rechte, welche durch die Mitgliedschaft in einer römischen Familia begründet werden, ganz unabhängig von dem conubium sind, so z. B. das beneficium competentiae zwischen Eltern und Kindern, die Alimentationspflicht zwischen denselben u. a. m. Die Unrichtigkeit jener Begriffsbestimmung tritt sodann aber auch darin zu Tage, daß offene Unzuständigkeiten entstehen, sobald wir jenen Begriff auf die geschichtlich gegebenen Verhältnisse übertragen. So werden im J. 448 die civitates der Herniker mit Ausnahme von Aletrium, Verulae und Ferentinum mit der römischen civitas sine suffragio begnadigt, dabei jedoch denselben das conubium unter einander entzogen.[24])

22) Frei von jenem Fehler hält sich Savigny, System II. p. 26. u. 27., weniger p. 28. not. e.

23) So auch Savigny, l. c.; die Alten erkennen dieses Causalverhältniß mehrfach an, so Liv. IV, 2. 4. Gai. I, 56. Boëth. ad Top. 4, 20. p. 340. Or. u. a. m.

24) Liv. IX, 43, 24.: Anagninis quique arma Romanis intulerant, civitas sine suffragii latione data, concilia connubiaque ademta. Diese Nachricht ist nach Analogie des in not. 25. erwähnten Falles, sowie im Gegensatze zu Liv. l. c. §. 23. (connubium inter ipsos) nicht so zu verstehen, als ob den Bürgern eines Municipium unter einander, sondern daß den Bürgern der verschiedenen Municipien unter einander das wechselseitige conubium untersagt war, daher nicht den Anagninern unter sich, wohl aber den Anagninern und Frusinaten unter einander. Die ganze Maaßregel war übrigens nur tempestiv nach Maaßgabe von Liv. l. c. §. 23. (aliquamdiu).

Der Zweck dieser Maaßregel war, die alte nationale Verbindung zwischen jenen Gemeinwesen zu lösen und womöglich dieselben durch Ehebündnisse ihrer Bürger mit Altrömern inniger mit dem römischen Staatskörper zu verschmelzen. Beide Zwecke werden erreicht, indem das conubium zwischen den Bürgern der verschiedenen Hernikischen Municipien aufgehoben, dagegen zwischen denselben und allen übrigen römischen Bürgern unbeschränkt belassen wird. Wollten wir nun auf dieses interdicirte conubium jenen obigen irrigen Begriff anwenden, so würden zwischen den Gliedern der verschiedenen Hernikischen Municipien alle civilen Rechtsverhältnisse, welche durch die Mitgliedschaft in einer römischen Familia begründet werden, ebenso ausgeschlossen und aufgehoben gewesen sein, wie alle darauf bezüglichen Rechtsgeschäfte, daher ebensowohl die bereits begründete Agnation mit ihrem Erbrechte, ihrer Vormundschaft und cura furiosi, die bestehende patria potestas und das Erbrecht der Kinder, wie die Möglichkeit, die patria potestas durch Adoption zu begründen, während gleichwohl für solche Annahme durchaus kein Grund gegeben ist.

Ganz das ähnliche Verhältniß waltet ob, wenn im J. 416 die Römer den freien lateinischen populi das (lateinische) conubium unter einander entzogen,[25] und wenn in der nämlichen Weise im Jahre 587 den Angehörigen je der verschiedenen vier macedonischen Regionen ebenfalls das conubium unter einander genommen ward (Liv. XLV, 29.).

Endlich völlig unpassend scheint die bekämpfte Begriffsbestimmung in der Beziehung, in welcher wir das conubium in den tabulae honestae missionis finden (Thl. II. §. 91.). Am allerevidentesten aber wird ihre Unrichtigkeit dadurch, daß, wie wir in Thl. II. §. 18. darlegten, dem Peregrinen selbst mit conubium dennoch die römische Agnation unbedingt versagt war, so daß derselbe in der That unfähig bleibt zu allen civilen Rechten, welche

---

25) Liv. VIII, 14, 10.: ceteris Latinis populis connubia commerciaque et concilia inter se ademerunt. Unter den ceteri populi scheinen diejenigen verstanden werden zu müssen, welche die röm. civitas nicht hatten, sonach alle lat. civitates außer Tusculum, Lanuvium, Aricia, Nomentum, Pedum, Velitrae, Antium, Lavici und Satricum. Das Interdict bezieht sich nur auf die populi inter se, nicht auf die cives inter se eines jeden populus.

durch die Mitgliedschaft in einer römischen Familia begründet werden.

## §. XI.

Das commercium im Sinne von §. VII. unter 1. wird definirt[26]) bei Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XIX, 5.) als:

emendi vendendique invicem ius,

und von Theoph. Paraphr. III, 19. §. 2. als:

ἡ τοῦ δύνασθαι πιπράσκειν ἢ ἀγοράζειν ἐξουσία (vendendi emendive facultas),

demnach als Fähigkeit zum emere vendere. Die richtige Auffassung dieser Definition hängt somit ab von der Bestimmung des Sinnes von emere vendere. Fassen wir daher, um zu einer Feststellung der Begriffe von emere, vendere, venire[27]) zu gelangen, die Verhältnisse ins Auge, welche diesen Bezeichnungen sich unterordnen, so gewinnen wir folgende Classen:

A. Rechtsgeschäfte des ius publicum:

1. Kaufgeschäft zwischen Privaten und Magistrat über Staats-

---

26) Unbeachtlich ist die Definition bei Isid. Orig. V, 25, 35.: commercium dictum a mercibus, quo nomine res venales appellamus. Unde mercatus dicitur coetus multorum hominum, qui res emere et vendere solent.

27) Venum ire oder venire ward gesagt vom Objecte des Geschäftes, z. B. fructus publicorum locorum venibant; venum dare oder vendere vom Alienanten, emere von dem Erwerber. Analog der Bildung von venire und vendere ist perire aus pessum ire, und perdere aus pessum dare, wobei wegen der Verwandlung des s in r zu vergleichen ist Varro bei Vel. Longin. de Orthogr.: S familiariter in R transit und Pompon. lib. sing. Ench. (Dig. I, 2, 2. §. 36.): Appius Claudius — — R litteram invenit. Vergl. auch Macrob. Sat. III, 2, 7. 8. Serv. in Aen. IV, 219. Paul. Diac. s. v. Aureliam p. 23. Auch verhält sich perdere zu perire genau wie vendere zu venire, worüber vergl. Lachmann, Rhein. Mus. N. F. III. 1845. p. 612. sq. Der Sinn von Gai. lib. 4. ad Ed. Pr. urb. de Publican. (Dig. XIX, 1, 19.): veteres emtionum venditionumque appellationibus promiscue utebantur, scheint zu sein, daß bei den Alten je einer der beiden Ausdrücke das Geschäft im Ganzen bezeichnete, während die spätere Zeit unter emtio die eine, unter venditio die andere Seite des Geschäftes begriff. Allein beide Sätze sind nicht durchgreifend wahr; vergl. auch Schilling, Inst. §. 288. not. b. Beier, ad Cic. de Off. II. p. 296. — Wegen frühzeitiger Verwechslung von veneo mit venio s. Cramer ad Schol. in Iuv. p. 216. sq. Vergl. auch Lachmann in Zeitschr. IX p. 198. not. *

gut und namentlich über den ager quaestorius, so bei Cic. in Verr. II, I. c. 54. lex agr. v. 643 (sog. Thoria) lin. 45. 47. 49. Liv. XXXII, 7. XL, 51. XLI, 27. Hygin. de cond. agr. p. 115. L.; insbesondere emtio sub corona, wie sectio bonorum, so z. B. Varro, de R. R. II, 10, 4. Liv. IV, 5. Gell. XIII, 24, 29. Paul. Diac. s. v. hastae p. 101. und sectores p. 337.;

2. Pachtgeschäfte zwischen Privaten und Magistrat über die vectigalia, wie Ausdingung der ultrotributa,[28]) so bei Fest. s. v. venditiones p. 376. Hygin. de cond. agr. p. 116. Paul. Diac. s. v. manceps p. 151.

B. Rechtsgeschäft des ius sacrum, z. B. Kaufgeschäft über eine hostia, so bei Gai. Inst. IV, 28.

C. Rechtsgeschäfte des ius privatum:

1. Geschäft in Form der Mancipation, sei es oneroses, sei es lucratives Veräußerungsgeschäft, sei es juristische Form der Ehe, was namentlich in den Bezeichnungen familiae emptor, coemptionator, coemtio, sowie darin sich kundgiebt, daß die Mancipation selbst sich ein emere aere aeneaque libra nennt und entsprechend auch bezeichnet wird, z. B. von Cato de R. R. 1., Varro de R. R. II, 10, 4. Cic. de Orat. I, 39. de Offic. III. 16. p. Planc. 25, 62. Plin. H. N. XXXIII, 3, 13. (in his emptionibus, quae mancipii sunt) u. a. m. vgl. auch Thl. II. §. 68. fin.

2. Geschäft in Form der in iure cessio; so bei Varro R. R. II, 10, 4.

3. Kaufgeschäft im Allgemeinen, sei es als Consensualcontract[29]) mit Einschluß der emtio bonorum, sei es in Form der Stipulation, wie in den venalium vendendorum leges Mamilianae bei Cic. de Orat. I, 58, 246., und bei Iulian. lib. 43. Dig. (Dig. XXI, 2, 21. §. 1. 2.) u. ö., sei es in anderer civiler Form (nro. 1. u. 2.).

---

28) Bei den ultrotributa ist derjenige, welcher das opus faciendum übernimmt, der venditor, wer es verdingt, der emtor; so z. B. Varro de L. L. V, 15. M.

29) Hier wieder mit einem doppelten Sinne, der sich daraus ergiebt, daß während der Zeit der Republik der Tauschvertrag dem Kaufcontract mit eingeordnet, in der Kaiserzeit aber als etwas Selbstständiges ausgeschieden ward; vergl. Gai. Inst. III, 141. Paul. lib. 33. ad Ed. (Dig. XVIII, 1, 1. §. 1.); s. auch §. XII.

4. Verdingung eines opus faciendum oder von operae sowohl in Form der Stipulation, wie in den venalium vendendorum leges Mamilianae, als ohne solche Form, so im S. C. bei Tac. Ann. XIV, 41. (qui talem operam emptitasset vendidissetve); entsprechend hierfür auch das tropische venditio officii bei Iustinian. in Cod. XII, 19, 15. und ähnliche Ausdrucksweisen.

5. Erwerb einer legitima hereditas (emtio) bei Varro R. R. II, 10, 4., wie andrerseits Legatsaussetzung (venditio) bei Marcian. lib. sing. ad form. hyp. (Dig. XX, 6, 8. §. 10. 11.).

D. Emtio als Erwerb einer fremden Sache:

1. Durch usucapio; so Varro de R. R. II, 10, 4.

2. Durch widerrechtliches richterliches Urtheil; so Aristo bei Pompon. lib. 18. ad Qu. Muc. (Dig. XL, 7, 29. §. 1.).

3. Durch ein beliebiges Veräußerungsgeschäft, welches gar nicht Rechtsgeschäft ist, so die emtio venditio des addictus trans Tiberim zur Zeit der XII Tafeln, worüber vgl. Thl. II. not. 150.

Unternehmen wir es nun, aus der Gesammtheit der dem emere, vendere, venire sich unterordnenden Rechtsverhältnisse den Begriff zu abstrahiren, so werden wir, was zunächst die unter D. 1. u. 2. aufgeführten Verhältnisse betrifft, keinen Fehlgriff begehen, wenn wir dieselben dabei außer Acht lassen. Denn manichfache uns überlieferte Beispiele lehren uns, wie die römische Jurisprudenz oftmals bei Subsumtion der Lebensverhältnisse unter gegebene Rechtsregeln und Rechtsbegriffe insofern, wenn auch nicht mit Willkühr, so doch mit Eigenmacht verfuhr, als sie Regel, wie Begriff auf Verhältnisse zur Anwendung brachte, welche nach dem durch die Nationalanschauung selbst gegebenen und bestimmten Inhalte des Begriffes an sich niemals jener Subsumtion fähig waren, so daß die Wissenschaft im Wege der extensiven Interpretation dem Worte einen Sinn beimaß, der demselben in Wirklichkeit gar nicht innelag. Gerade diesem Verfahren aber haben wir durchaus nicht die Tragweite und Bedeutung beizumessen, daß durch dasselbe ohne Weiteres der durch den betreffenden Ausdruck repräsentirte Begriff selbst umgewandelt worden wäre; vielmehr haben wir anzunehmen, daß der Begriff in seiner alten Wesenheit noch fortbestand und daß nur in künstlichem Wege und von Außen her ein Zusatz ihm angefügt wurde, der lediglich als etwas positiv Gegebenes aufzufassen und nicht zu weiterer Anwendung und

Consequenz zu benutzen ist. Gleichwie wir daher in dieser Weise es zu beurtheilen haben, wenn z. B. im Wege restrictiver Auslegung die interpretatio der Römer bezüglich des Intestaterbrechtes von der agnati die Frauen ausschloß, während unter den ingenui dieselben wiederum inbegriffen waren, so ist auch in ähnlicher Weise zu würdigen, wenn die römischen Juristen den Begriff des emere vendere im Wege extensiver Interpretation auf die Verhältnisse unter D, 1. 2. anwendeten. Daher haben wir die Annahme zurückzuweisen, als ob die Römer in Wirklichkeit ganz allgemein die Bedeutung des emere vendere von dem Begriffe des durch die Absicht des Handelnden bestimmten Anschaffens oder sich Erwerbens und des Aufgebens oder Veräußerns bis zum Begriffe des von der Absicht des Handelnden oder von jeder Handlung unabhängigen Erwerbens und Verlierens extendirt hätten. Diese Annahme unterliegt auch um so weniger einem Bedenken, als, wenn wir die unter D, 2. angezogene Stelle in ihren sämmtlichen Beziehungen ins Auge fassen, wir erkennen, daß jene extensive Interpretation des emere vendere lediglich durch die Rücksicht auf den favor libertatis geboten war, während in den meisten anderen Fällen dieselbe zu beanstanden sein würde; dagegen den Erwerb durch Usucapion betreffend, so werden wir in §. XIII. hierauf nochmals zurückkommen und die Gründe darlegen, welche solche Extension an die Hand gaben, während hier wir uns begnügen, auf die analoge Erscheinung hinzuweisen, daß in gleicher Weise der Verlust durch Usucapion von Paulus lib. 21. ad Edict. (Dig. L, 16, 28. pr.) auch dem alienare untergeordnet wird, ohne daß hieraus die geringste Berechtigung erwüchse, die alienatio nicht bloß als Veräußerung, sondern als Rechtsverlust jeder Modalität aufzufassen. Vielmehr liegt in allen solchen Fällen nur eine juristische und künstliche, nicht aber eine logische Erweiterung des Begriffes vor. In diesem Sinne daher und gestützt auf diese Erwägung geschieht es, wenn wir die unter D, 1. u. 2. angegebenen Anwendungen des emere vendere bei der Wesenbestimmung dieses Begriffes außer Relevanz erklären, während die unter D, 3. ersichtliche Bedeutung unserer ganzen Aufgabe nach für uns nicht weiter maaßgebend sein kann.

Was nun die übrigen unter A. B. u. C. aufgeführten Verhältnisse betrifft, so haben wir mit deren Betrachtung zu verbinden die

Zeugnisse von Aristo bei Pompon. lib. 18. ad Qu. Muc. (Dig. XL, 7, 29. §. 1.):

Lex XII tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur;

Festus s. v. redemptores p. 270. M.:

Antiquitus emere pro accipere ponebatur;

Paul. Diac. s. v. abimito p. 4. M.:

Emere — antiqui dicebant pro accipere,

und s. v. emere p. 76. M.:

Emere, quod nunc est mercari, antiqui accipiebant pro sumere, wozu vgl. s. v. suremit p. 299.

Aus diesen Zeugnissen aber erhellt, daß in früherer Zeit emere, und entsprechender Maaßen auch vendere und venire zur Bezeichnung eines jeden Veräußerungsgeschäftes von Sachen gebraucht ward, und zwar ganz im Allgemeinen und ohne Rücksicht einerseits auf die Form, andrerseits auf die onerose oder lucrative causa des Geschäftes, daher auch Mancipation, Stipulation, formloses Geschäft einestheils, wie Erbgang, Legat, Schenkung, Kauf, Tausch u. dgl. anderntheils gleichmäßig diesem Begriffe sich mit unterordneten. Ja diesen alten Sprachgebrauch vermögen wir sogar noch in manchen Stellen Späterer zu erkennen, so z. B. bei Paul. Diac. p. 58. M.:

Censui censendo agri proprie appellantur, qui et emi et venire iure civili possunt;

Frontin. lib. 1. de controv. agr. p. 16, 1. L.:

Per hereditates aut emptiones eius generis controversiae fiunt;

lib. 2. de controv. agr. p. 49, 4. L.:

Per emptiones quasdam solet proprietas quarundum possessionum ad privatas personas pertinere;

wie vielleicht auch noch bei Modestin. lib. 5. Reg. (Dig. XX, 1, 42.):

In quorum finibus emere quis prohibetur, pignus accipere non prohibetur,

sowie in der Benennung exceptio rei venditae et traditae; vergl. auch wegen des umbrischen emantur und emantu Aufrecht u. Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. II. p. 319. sq.

Allein neben diesem Begriffe des emere, vendere, venire haben wir sodann auch eine engere Bedeutung desselben anzunehmen, welche bezeugt wird von Paul. Diac. p. 76. cit.:

Emere, quod nunc est mercari,

und ihre Bestätigung findet durch einen in dem Corpus Iuris häufig zu Tage tretenden Sprachgebrauch, wonach z. B. das Kaufgeschäft in Form der Stipulation dem emere untergeordnet wird. Hier allenthalben bezeichnet emere und vendere das onerose Erwerbgeschäft einer Sache, sonach mit Ausschluß des lucrativen Erwerbgeschäftes, jenes aber auch ohne Rücksicht auf juristische Form oder Formlosigkeit des Geschäftes, wie auf dessen nach materialen Criterien bestimmten juristischen Character als Kauf, Tausch- oder Innominatcontract nach der Formel do pecuniam ut rem des.[30])

Wenn wir nun endlich als dritten Begriff des emere und vendere die Bedeutung anzuerkennen haben, welche ihm zukommt, insofern es lediglich den Kaufvertrag des Privatrechtes als Consensualcontract bezeichnet, so scheinen nun die unter A. 2. u. C. 4. aufgeführten Verhältnisse insbesondere keinem dieser drei Begriffe sich unterzuordnen. Dennoch aber dürfte dieses Bedenken als ungerechtfertigt sich erweisen, weil durchaus kein Grund ersichtlich ist,[30a]) daß nicht das Geschäft über Erhebung der vectigalia, wie über das opus faciendum von Alters her in Wahrheit als Erwerb und Veräußerung des künftigen vectigal, wie opus aufgefaßt worden wäre. Ordnen sich daher diese Geschäfte in der That dem emere und vendere in den beiden ersten der von uns festgestellten Bedeutungen ganz eigentlich mit unter, so läßt sich gleicher Gesichtspunkt auch bei dem Geschäfte über die operae, wie bei der coemtio geltend machen, indem dort die operae, hier die uxor als Object einer Veräußerung aufgefaßt werden.

## §. XII.

Der §. XI. stellte drei verschiedene Begriffe fest, welche insgesammt unter das emere und vendere fielen. Um nun zu einer sicheren Entscheidung zu gelangen, welche jener Bedeutungen wir diesen Ausdrücken in den Definitionen vom commercium beizu-

30) So auch in der lex agr. (Thoria) lin. 23., welche scheidet: testamentum (letztwillige Verfügung), hereditas (Intestatsuccession), deditio (lucratives Erwerbgeschäft) und emtio (oneroses Erwerbgeschäft).

30a) Selbstverständlich erwarte ich nicht, daß man einen Gegengrund entnehmen werde aus dem in der Periode der Kaiserzeit ausgebildeten Contractssysteme.

messen haben, sind zunächst die inneren, wie die historischen Beziehungen jener drei Begriffe selbst festzustellen.

Zuvörderst die Bedeutung der emtio venditio als Consensualcontract des ius gentium erscheint als die engste und zugleich streng wissenschaftliche und technische, insofern sie ganz wesentlich den juristischen Character eines Lebensverhältnisses bezeichnet. Die Bildung dieses Begriffes konnte daher nicht früher sich bewerkstelligen, als die wissenschaftliche Fixirung jenes Contractes selbst erfolgte, ja wir haben allen Grund anzunehmen, daß nicht vor Aufstellung des Contractssystemes, sonach erst mit Beginn der Kaiserzeit jener Begriff wissenschaftlich sich vollkommen feststellte und abschloß.

Dagegen die anderen beiden Begriffe haben wir als vulgäre und untechnische aufzufassen, insofern sie nicht die juristische Seite eines Lebensverhältnisses, sondern lediglich ein Lebensverhältniß mit oder auch ohne rechtliche Normirung bezeichnen.[30b]) Zwischen beiden Begriffen selbst aber wird uns eine auf deren historischer Entwickelung beruhende Verschiedenheit bezeugt, insofern die Bedeutung des emere vendere als Veräußerungsgeschäftes im Allgemeinen als die ältere, die Bedeutung als oneroses Veräußerungsgeschäft dagegen als die spätere beglaubigt ist. Und diese successive Begriffsgestaltung entspricht auch der Entwickelung des römischen Rechtes. Denn dem ältesten Zeitalter Roms, welchem eine Anschauung und Distinction der Rechtsgeschäfte nach inneren Kriterien und insbesondere nach der Scheidung der causa lucrativa und onerosa fern lag, welches vielmehr lediglich nach äußeren und juristisch-formalen Merkmalen das Rechtsgeschäft und dessen Wesen bestimmte; dieses Zeitalter mußte der Auffassung fern stehen, welche für das onerose Veräußerungsgeschäft einen besonderen Begriff gewann, indem das lucrative Veräußerungsgeschäft aus dem Begriffe der emtio ausgeschieden ward. Vielmehr erst von dem Zeitpunkte an, wo die lex Cincia im J. 550 innerhalb des Mancipationsgeschäftes die Schenkung gesetzlich abgränzte, konnte eine andere Auffassung des Wesens der Rechtsgeschäfte sich vorbereiten und eine Scheidung derselben je nach der lucrativa und onerosa causa allmählig Platz greifen. Von diesem Zeitpunkte an mochte

30 b) Letzteres z. B. in dem XII Tafelgesetze: tertiis autem nundinis capite poenas dabant aut trans Tiberim peregre venum ibant (III, 6. Dirks.); s. §. XI. unter D 3.

nun im Laufe der Zeit die Umwandelung sich bewerkstelligen, daß man das lucrative Veräußerungsgeschäft als donatio von dem bis dahin gemeinsamen Begriffe der emtio ausschied, so daß für die Letztere das onerose Veräußerungsgeschäft allein als der ihr sich unterordnende Stoff verblieb.[31]) In dem Zeitalter des August, als Verrius Flaccus sein Werk de Verborum Significatione schrieb, war diese Umwandelung zweifelsohne bereits vollendet (vgl. Paul. Diac. l. c. p. 76.), obgleich, bestimmt durch die Sprache der zu wissenschaftlichen Arbeiten benutzten Quellen und Autoritäten, wie durch die speciellen Zwecke der juristischen Interpretation, der alte aufgegebene Begriff in seinem weiten Umfange auch in späterer Zeit noch vereinzelt wiederkehrt, wie bei Aristo, Marcianus und Frontinus in §. XI. citt.[32]) Allein bereits bei Varro de R. R. im §. XI. cit. werden wir mit Recht einen Nachklang verschallender Redeweise vernehmen mögen.

Indem wir nun nach Alle dem eine dreifache Bedeutung der emtio venditio unterlegen: den juristisch-technischen und engsten, wie auch jüngsten Begriff des privatrechtlichen Consensualcontractes: des Kaufvertrages; den ältesten vulgären des Veräußerungsgeschäftes; endlich den der mittleren Zeit angehörigen vulgären Begriff des onerosen Veräußerungsgeschäftes, so ist nun die Frage ohne erhebliche Schwierigkeit zu beantworten, welche Bedeutung dem emere vendere in der obigen Definition des commercium beizumessen sei. Denn das Abschließen des Kaufcontractes kann das emere vendere nicht bezeichnen, weil wir mit voller Bestimmtheit wissen, daß zu den vom commercium abhängigen Rechtsgeschäften diese emtio venditio entschieden gar nicht gehört. Ebenso kann das Eingehen eines onerosen Veräußerungsgeschäftes allein unter dem emere vendere der Definition bestimmt um deßwillen

31) Vgl. Ulp. lib. 76. ad Ed. (Dig. XLIV, 4, 4. §. 29.): aliud est — emere, aliud ex his (i. e. lucrativis) causis (ut ex causa legati, donationis) succedere. Wegen dieses vulgären Begriffes der donatio vergl. Böcking, Inst. §. 106. not. 10. Schilling, Inst. §. 348. not. d — o., der jedoch die Bedeutung von donatio für enger erklärt als von donare; s. auch not. 30.

32) Vielleicht liegt hierin der Grund, weßhalb die Gesetzessprache dieser Zeit den Ausdruck emere vendere im vulgären Sinne geflissentlich vermied, wie dies z. B. sich erkennen läßt in der oratio des Septimius Severus vom 13. Juni 196. p. Chr. (in Dig. XXVII, 9, 1. §. 2.), wo distrahere und alienare obligareve für jenes vendere gesagt ist.

nicht verstanden werden, weil das commercium die Fähigkeit zum Mancipiren ganz allgemein ertheilt, die Mancipation aber indistinct das onerose, wie das lucrative Veräußerungsgeschäft als dessen Form umschließt. Vielmehr fällt, wie dieser letztere Moment an die Hand giebt, der in der obigen Definition maaßgebende Begriff von emere vendere jener Zeitperiode anheim, wo in dem Veräußerungsgeschäfte die causa lucrativa und onerosa noch nicht geschieden ward, daher wir jener Definition selbst oder doch dem in Frage stehenden Ausdrucke derselben jenes hohe Alter beizumessen haben, welches wir, wie in §. III. dargelegt, einzelnen Definitionen der Römer zuzuerkennen haben.

Bezeichnet nun nach Alle dem das emere vendere in den Definitionen vom commercium das Vornehmen jedes Veräußerungs- und Erwerbsgeschäftes, oder vielmehr, da wir in jenen Definitionen diesem Ausdrucke eine streng juristische Beziehung beizumessen haben, das Vornehmen eines auf Veräußerung und resp. Erwerb eines Objectes abzielenden Rechtsgeschäftes, so haben wir nun den Sinn jener Definitionen dahin wiederzugeben: commercium ist die Fähigkeit zur Vornahme eines auf Veräußerung, wie auf Erwerb eines Objectes abzielenden Rechtsgeschäftes.

Dieser Definition sind jedoch noch gewisse nähere Bestimmungen beizufügen, die im Folgenden ihre Begründung erfahren werden.

## §. XIII.

Fassen wir gegenüber der von dem Alterthume überlieferten Definition von commercium das Wesen desselben ins Auge, so haben wir vor Allem uns zu vergegenwärtigen, wie solchem lediglich eine Beziehung zum ius civile, nicht aber zum ius gentium innewohnt. Da nun aber der Urheber jener Definition dieser Beschränktheit der Beziehung des Begriffes einen entsprechenden Ausdruck nicht gegeben hat, während gleichwohl solche verbale Beschränkung zur Vermeidung des Mißverständnisses unumgänglich nöthig erscheint, sobald man sich vergegenwärtigt, daß das ius gentium in dem Kaufcontracte ein Rechtsinstitut constituirt hat, welches, ohne von dem commercium abhängig zu sein, gleichwohl der Bezeichnung emere vendere sich unterordnet, — unter Erwägung Alles dessen haben wir anzuerkennen, daß, wie wir bereits

in §. XII fin. aus anderweiten Gründen darlegten, die Definition von commercium einer früheren Zeitperiode entstammt, einer Periode nämlich, wo man entweder den Begriff des Kaufcontractes des ius gentium noch gar nicht kannte oder wo wenigstens die Wissenschaft noch nicht gewöhnt war, bei ihrer Thätigkeit auch das ius gentium mit seinen Instituten in den Kreis der von ihr angeschauten Objecte des Denkens hereinzuziehen. Indem wir uns nun begnügen diese nicht unwichtige Thatsache hiermit einfach zu constatiren, so gewinnen wir aus derselben andrerseits die Berechtigung, der Definition einen beschränkenden Zusatz einzufügen. Denn da wir selbst nicht den Standpunkt einnehmen dürfen, wie der Verfasser der Definition, vielmehr unserem Bewußtsein immer die Coexistenz des ius gentium neben dem ius civile sich vergegenwärtigt, so haben wir der hierdurch bedingten Beschränkung Ausdruck zu verleihen.

Sodann haben wir aber auch der Definition das Merkmal einzufügen, daß die Fähigkeit zur Vornahme des Rechtsgeschäftes nur in abstracto, nicht aber in concreto beurtheilt wird; daher z. B. der infans in Wahrheit commercium hat, ohne die Fähigkeit zur Vornahme der demselben sich unterordnenden Rechtsgeschäfte, — ein Punkt wegen dessen wir auf §. IX. bei not. 21 verweisen.

Ein weiterer Moment beruht darauf, daß nicht bloß das ein Rechtsverhältniß begründende, sondern auch das solches lösende Rechtsgeschäft, somit nicht allein die fiduciae, sondern auch die remancipatio, und, geeigneten Falles, nicht bloß die stipulatio, sondern auch die acceptilatio dem commercium mit unterzuordnen sein dürfte. Denn daß auch diesen Moment die römischen Juristen als selbstverständlich bei ihrer Definition voraussetzen mochten, kann einem gegründeten Bedenken nicht unterliegen.

Nicht minder haben wir sodann auch die Fähigkeit zum Solennitätszeugnisse (s. §. XV. unter 9.) dem commercium mit zu überweisen. Auch hier jedoch dürfte die Nichtberücksichtigung dieses Punktes in der fraglichen Definition daraus zu erklären sein, daß, da in der That diese Fähigkeit der Nebentheilnahme am Rechtsgeschäfte vollständig Hand in Hand ging mit der Haupttheilnahme an solchen, Jene auch als nothwendige Consequenz der Letzteren angesehen und einer besonderen Erwähnung entbehrlich erachtet

wurde. Wir selbst aber erachten es für angemessen, diesen Moment in der Definition mit inzubegreifen.

Größeres Bedenken erregt es, daß, während die Usucapion den durch das commercium bedingten civilen modus acquirendi mit beizurechnen ist (s. §. XV. unter 2), gleichwohl die antike Definition solche nicht mit inbegreift. Dennoch erledigt sich auch dieses Bedenken, sobald wir erwägen, daß die Usucapion von ältester Zeit her von den Römern als Complement der civilen Erwerbgeschäfte und namentlich der Mancipation aufgefaßt wurde in der Weise, daß die Usucapion ebensowohl die juristischen Defecte, wie den gänzlichen Mangel der Mancipation ersetzte. Aus dieser Auffassung aber erklärt sich, daß die Usucapion Bestandtheil des commercium war, ohne dem Begriffe desselben unmittelbar innezuliegen. Denn sobald die Usucapion den Beruf hat, erforderlichen Falles stets als Complement der Mancipation zu dienen, so hat auch die Fähigkeit zu dieser und somit auch das commercium stets die Fähigkeit zur Usucapion untrennbar im Gefolge. Daher erscheint, durch jenes Verhältniß der Usucapion zur Mancipation bedingt, die Fähigkeit zur Ersteren allerdings Bestandtheil des commercium, allein nur mittelbar und nur als nothwendige Folge der dem Letzteren unmittelbar inliegenden Fähigkeit zur Mancipation, so daß wir in Folge dieses historisch gegebenen Verhältnisses innerer Abhängigkeit die Fähigkeit zur Usucapion nicht als selbstständiges Stück des commercium, sondern als reine Consequenz der übrigen Bestandtheile desselben aufzufassen haben.

Ein weiteres Bedenken gegen die antike Definition vom commercium erregt ferner der Umstand, daß wir diejenigen dem emere vendere sich unterordnenden Geschäfte, welche der Sphäre des conubium anheimfallen, wie die coemtio, oder welche der actio sich unterordnen, wie die in iure cessio (§. XV. unter 10) von dem commercium auszuschließen haben, so wie daß überhaupt dem römischen Rechte verschiedene Classen von Veräußerungsgeschäften bekannt sind, welche eine höhere Sphäre der Rechtsfähigkeit voraussetzen, als solche das commercium gewährt, wie z. B. das testamentum calatis comitiis conditum und die manumissio censu das ius suffragii voraussetzen. Diesen Punkt werden wir in §. XIV. weiter in Betracht ziehen, wogegen die besonderen Beschränkungen, die das commercium dann, wenn es dem Peregrinen verliehen

wird, um deßwillen erleidet, weil diesem die Fähigkeit zur römischen Gentilität und Agnation, wie zum römischen Patronate und Grundeigenthume schlechterdings versagt bleibt, bereits in Thl. II. §. 17 sq. ihre Darstellung gefunden haben.

## §. XIV.

Neben der Sphäre der civilen Rechtsfähigkeit, welche dem Begriffe des commercium sich unterordnet, scheidet die moderne Wissenschaft noch andere Kreise gleichartiger Rechtsfähigkeit, wie z. B. ius honorum, suffragii (§. XXXII). Diese Auffassung findet sich auch, obgleich weder in allen Beziehungen gleichmäßig ausgeprägt, noch auch zu einem Systeme oder überhaupt wissenschaftlich verarbeitet, doch in mehrfachen Spuren im Alterthume vor, und wir selbst haben hier z. B. ein ius suffragii und ius togae nachgewiesen (§. I.). Gewisse Rechtsgeschäfte des civilen Privatrechtes nun, bezüglich deren im Einzelnen wir es dahin gestellt sein lassen können, inwieweit sie sich dem Begriffe des emere vendere unterordnen, lassen sich nun schlechterdings nicht ausschließlich der Sphäre des commercium überweisen, berühren vielmehr um ihrer äußeren Beschaffenheit willen ganz unmittelbar auch die Sphäre solcher anderweiter Partieen der Rechtsfähigkeit. Bezüglich dieser Geschäfte nun entsteht die Frage, ob die Fähigkeit zur Vornahme derselben einzig und allein durch das commercium bedingt war, oder ob daneben auch das Innehaben jener anderen Stufen der Rechtsfähigkeit als unabhängige Voraussetzung und in selbstständig bedingender Weise erfordert werde.

Für die Beantwortung dieser Frage gewinnen wir einen sicheren Fingerzeig durch die Wahrnehmung, daß die Römer in der That eine gewisse Rangordnung bezüglich jener verschiedenen Kreise der Rechtsfähigkeit anerkannten. So haben wir zunächst das ius honorum als voraussätzlich bedingt durch das ius suffragii aufzufassen da jenes niemals ohne dieses vorkommt, wohl aber durch Entziehung des Letzteren, somit durch Versetzung unter die Ärarier verloren wird, während andrerseits das ius suffragii in Wahrheit ohne das ius honorum vorkommt, so bei den Plebejern während der ersten Jahrhunderte der Republik und bei den Liber-

tinen.[33]) Nicht minder haben wir anzuerkennen, daß die Rechtsfähigkeit auf dem Gebiete des ius publicum höher stand als die des ius privatum, so daß jene, wenigstens seit der lex Canuleja nicht ohne diese, wohl aber die letztere ohne die erstere vorkam. So finden wir die civitas sine suffragio, welche weder ius honorum noch suffragii, wohl aber volle privatrechtliche Rechtsfähigkeit enthält, und die Versetzung unter die Ärarier, welche die letztere Rechtsfähigkeit nicht entzog, wohl aber ius honorum und suffragii.

Haben wir daher nicht zu bezweifeln, daß die Römer ganz im Allgemeinen eine verschiedene Werthschätzung denjenigen der Civität inliegenden Befugnissen zu Theil werden ließen, welche, sowohl im Wege selbstständiger Entziehung, wie besonderer Verleihung den Character eines eigenen Rechtes gewinnen, und daß dieselben eine Rangordnung unter denselben statuirten, in der das Innehaben der höheren Potenz der Rechtsfähigkeit von der niederen Stufe derselben wesentlich bedingt war, so ergiebt sich auch hieraus als Consequenz, daß wir eine ähnliche Rangordnung auch anzuerkennen haben innerhalb der Sphäre der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit selbst, insofern als wir das conubium als die höhere Potenz innerhalb derselben und als bedingt durch das commercium aufzufassen haben. Denn nicht allein, daß die Geschichte zahlreiche Beispiele überliefert, wo das commercium ohne das conubium verliehen wird, während das Letztere ohne das Erstere, mit Ausnahme der, einem anderen Gesichtspunkte sich unterordnenden tabulae honestae missionis (Thl. II. §. 91.), nirgends sich nachweisen läßt; daß ferner auch in dem Kampfe der

33) Vergl. Becker, Handb. II, 1. p. 12—15. Am Schlagendsten ist die technische Bezeichnung civitas sine suffragio, sowie bei Gell. N. A. XVI, 13.: municipes sine suffragii iure, insofern dabei als selbstverständlich vorausgesetzt wurde, daß auch das ius honorum den Betreffenden fehlte. Ja in Folge dieser stehenden Ausdrucksweise wurde die Bezeichnung suffragium sogar in der Weise zum Inbegriffe derjenigen Bestandtheile der civitas, welche dem civis sine suffragio fehlten, daß z. B. Vellej. Pat. I, 14, 7. sagen konnte: suffragii ferendi ius Sabinis datum, während diesen nicht bloß das ius suffragii, sondern auch das ius honorum gegeben wurde. Vergl. auch Serv. in Aen. VII, 709.: essent cives Romani, excepta suffragii latione; nam magistratus non creabant; sowie Liv. XXXVIII, 36.: de Formianis — — tribunus plebis promulgavit, ut iis suffragii latio (nam ante sine suffragio habuerant civitatem) esset.

Plebejer um Gleichstellung mit den Patriziern das conubium als das höhere und edlere Recht anerkannt wird, so liegt es auch andrentheils ganz in der Natur der menschlichen Verhältnisse, daß die Römer von ihrem durch das System der nationalen Herrschaft des Rechtes gegebenen Standpunkte aus die Fähigkeit zur Theilnahme an dem die Familienverhältnisse begründenden Rechtsgeschäfte als höher und edler schätzen mußten, denn die Fähigkeit zur Theilnahme am civilen Vermögensgeschäfte.

Demnach dürfen wir als maaßgebend die Sätze annehmen: einmal, daß die Römer eine bestimmte Rangordnung anerkannten bezüglich derjenigen der Civität a priori inliegenden Befugnisse, welche in selbstständiger Weise einerseits dem civis entzogen, andrerseits dem Peregrinen verliehen werden konnten, insofern nämlich, als ius honorum und suffragii die höchste Stufe, conubium die mittlere Stufe und commercium den niedrigsten Grad der Rechtsfähigkeit vertraten; sodann aber auch, daß die Römer dem commercium nur diejenigen Rechtsgeschäfte unterordneten, welche nicht einen solchen höheren Grad von Rechtsfähigkeit zu ihrer Vornahme erforderten. Daher schließen wir um dieser Rücksicht willen von dem commercium aus theils die coemtio, welche conubium voraussetzt, theils die Arrogation, manumissio censu, das testamentum calatis comitiis conditum, sowie, für die ältere Zeit, das testamentum in procinctu, welche das ius suffragii erfordern. [34])

In gleicher Weise haben wir aber auch von dem commercium auszuschließen alle diejenigen Rechtsgeschäfte, welche dem Begriffe actio sich unterordnen, da, wenn wir auch keine bestimmte Rangordnung der oben angegebenen Art in dem Verhältnisse zwischen commercium und actio zu entdecken vermocht haben, damit doch keineswegs die durch die begriffliche Selbstständigkeit Beider gegebene Gränzlinie aufgehoben wird.

Wenn nun aus Alle dem eine Beschränkung des Begriffes commercium sich ergiebt, deren die obigen antiken Definitionen nicht gedenken, so haben wir nun ebensowohl vorauszusetzen, daß die Römer solche Beschränkung als selbstverständlich anerkannten

---

34) Wegen der arrogatio bezeugt dies ausdrücklich Gell. N. A. V, 19.: neque pupillus autem, neque mulier, quae in parentis potestate non est, arrogari possunt, quoniam et cum feminis nulla comitiorum communio est.

und um deßwillen in der Definition auszudrücken unterließen, wie wir andrerseits für uns hieraus die Berechtigung gewinnen, diesen beschränkenden Moment der Definition einzufügen. Daher definiren wir nach Alle dem das commercium als abstracte Fähigkeit zur Vornahme, wie überhaupt zur Theilnahme an einem auf Veräußerung, oder auf Erwerb eines Objectes abzielenden civilen Rechtsgeschäftes, insoweit solches Geschäft nicht durch eine andere Stufe civiler Rechtsfähigkeit bedingt ist.

Diese Wesenbestimmung haben wir für die Zeit, aus welcher dieselbe entstammt, als richtig und angemessen, wie als brauchbar zu prädiciren. Ob dieselbe aber auch für die späteren Zeiten des römischen Rechtslebens angemessen, wie für uns als brauchbar sich erweist, haben wir nach der Beschaffenheit der Rechtsgeschäfte zu bestimmen, die in Wirklichkeit der Sphäre des commercium anheimfallen und zu deren Betrachtung wir uns nunmehr wenden.

## §. XV.

Indem wir zur Betrachtung der Rechtsgeschäfte im Einzelnen übergehen, zu denen die Fähigkeit wir dem commercium zu überweisen haben, so kommen hierfür in Betracht:

1. die Mancipation, welche dem commercium unterordnet Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XIX, 4.):

> Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos colonarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est,

sowie ebendas. (fr. XX, 13.):

> commercio illi interdictum est, et ob id familiam mancipare non potest;

wozu vergl. Cic. p. Caec. 35, 102. in Verbindung mit dem unten sub 3 Bemerkten.

Unterarten der Mancipation und demgemäß, wie diese, von dem commercium abhängig sind:

a. die fiducia nebst remancipatio;

b. das testamentum per aes et libram, worüber s. unten sub 6.;

c. das Geschäft über die sogen. causa mancipii, wofür ein Zeugniß bietet Liv. XLI, 8. (vgl. Thl. II. §. 30.).

Dagegen die coemtio ist unabhängig von dem commercium, weil durch das conubium bedingt, s. §. XIV.

2. Usucapion. Daß die Fähigkeit zu solcher durch das commercium gewährt wird, dafür finden wir einen Beleg darin, daß Varro de R. R. II, 10, 4. die usucapio der emtio legitima d. i. civilis mit unterordnet; s. §. X. Ein nicht minder sicheres Argument ergeben aber auch Iavolenus lib. 7. ex Cass. (Dig. XLI, 8, 7.):

> Nemo potest legatorum nomine usucapere, nisi is cum quo testamenti factio est, quia ea possessio ex iure testamenti proficiscitur;

sowie Paul. lib. 5. ad l. Iul. et Pap. (Dig. XLI, 5, 4.):

> Constat eum qui testamenti factionem habet, pro herede usucapere posse.

Denn da die testamentifactio einestheils bis zu Beginn der Kaiserzeit einen noch ungeschiedenen Bestandtheil des commercium bildet (§. XX.), anderntheils auch nach eingetretener begrifflicher Scheidung dieselbe doch immer Hand in Hand geht mit dem Letzteren, so sind wir zu der Annahme berechtigt, daß die Regel, welche bezüglich der der testamentifactio entsprechenden Partie der Usucapion gilt, auch auf die Usucapion im Allgemeinen gegenüber dem gesammten commercium Anwendung erleidet, so daß der, welcher commercium nebst testamentifactio hat, nicht bloß pro legato und pro herede, sondern auch auf jeden anderen Titel hin usucapiren kann. Daher haben wir die obigen Sätze nur als specielle Anwendungen der generellen Regel aufzufassen, daß wer commercium hat, auch usucapiren könne, und diese Annahme erscheint um so sicherer, als die einzig mögliche, anders lautende Ansicht: daß, wer commercium hat, zwar usucapiren könne, aber nur pro herede und pro legato, in der That aller Rechtfertigung entbehren dürfte.[35])

3. Das Nexum, als obligatorisches Rechtsgeschäft nebst der nexi liberatio, war, was das Erstere betrifft, bereits zu Ciceros Zeit nicht mehr in Gebrauch, daher das Stillschweigen der Quellen über dessen Beziehung zum commercium sich erklärt. Da jedoch zwischen mancipatio und nexum nicht allein eine innere Verwandt-

---

35) In der Regel spricht man dem Peregrinen die Fähigkeit zur Usucapion ab um des XII Tafelgesetzes willen: adversus hostem aeterna auctoritas (esto). Daß jedoch und wie dieses Gesetz jenen Sinn haben könne, hat noch Niemand genügend darzuthun vermocht. Die richtige Beziehung jenes Gesetzes s. Thl. II. bei not. 155.

schaft durch die Gemeinsamkeit der Form per aes et libram statt hatte, sondern auch die Mancipation dem Begriff des nexum i. w. S. sich mit unterordnete, so erscheint es schon um deßwillen wahrscheinlich, daß auch die Fähigkeit zum nexum durch commercium gewährt ward. Einen weiteren Beweisgrund hierfür bietet Cic. p. Caec. 35, 102., wo die Fähigkeit zum nexum in jener weiteren Bedeutung des Ausdruckes den mit commercium beliehenen Ariminensern beigemessen wird (vgl. Thl. II. §. 46), was maaßgebend ist für nexi liberatio, wie für nexum (i. e. S.), selbst wenn das Letztere in Wirklichkeit nicht mehr vorkam.

4. Das die Litteralobligation begründende Rechtsgeschäft nebst expensilatio ist dem commercium unterzuordnen nach Maaßgabe von Liv. XXXV, 7, wonach dieselbe zwischen cives Romani und den des commercium theilhaften socii bei nomina transcripticia a cive Romano in socium erwähnt wird (§. XXXI), während die Unterordnung solcher Obligirung bei nomina transcripticia a re in personam unter das commercium theils hieraus zu entnehmen, theils auch um deßwillen zu statuiren ist, weil diese Obligation von Ausgang der Republik an iuris gentium wird (Thl. II. §. 82. u. not. 925.) und diese Thatsache jene Ordnung als ihr historisches Motiv fast erfordert.

5. Stipulation nebst Acceptilation werden zwar nirgends dem commercium überwiesen, weil in der Kaiserzeit, worauf unsere Quellen meist sich beziehen, die Stipulation im Allgemeinen aus dem ius civile in das ius gentium übergegangen war; allein wenn von Vorn herein dieselbe dem ius civile angehört (Thl. II. not. 783. §. 33.), so dürfen wir nun bei der höchst wichtigen Bedeutung, welche Jene in dem Vermögensverkehre unter Lebenden einnahm, der Annahme Raum geben, daß zu der Zeit, wo dieselbe noch iuris civilis war, sie dem mit commercium beliehenen Peregrinen auf Grund solcher Rechtsfähigkeit zugänglich erachtet wurde.

6. Das testamentum per aes et libram. Daß die Fähigkeit, das Geschäft zu vollziehen, auf welchem jene Testamentserrichtung beruhte, vollkommen Hand in Hand ging mit der Fähigkeit zu mancipiren, ergiebt sich schon daraus, daß eben die Mancipation die Form solchen Testamentes bildete. Allein überdem besitzen wir ein ausdrückliches Zeugniß für diesen Satz in Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XX, 13.):

Prodigus (testamentum facere non potest), quoniam commercio illi interdictum est et ob id familiam mancipare non potest,

indem hier die Fähigkeit zum familiam mancipare ausdrücklich auf das commercium zurückgeführt wird. Demzufolge verleiht aber das commercium im Besonderen die Fähigkeit:

a. ein Mancipationstestament zu errichten und demgemäß Erbeinsetzungen zu machen, Legate auszusetzen, Tutoren zu bestellen und testamento zu manumittiren, sowie

b. die durch die Mancipation gewährten Rechte als familiae emptor zu erwerben, d. h. Erbschaft und Tutel deferirt erhalten und antreten zu können, so lange als überhaupt der familiae emptor noch heredis loco war.

Alle diese Consequenzen werden auch indirect bestätigt dadurch, daß diese Befugnisse dem am commercium interdicirten prodigus abgesprochen (§. XVIII.), andrerseits dagegen als Bestandtheile der testamentifactio erklärt werden (§. XIX).

Dagegen kann auf die Mancipationsform des Testamentes nicht gestützt werden die Fähigkeit, mit einem Legate honorirt zu werden, noch auch, von der Zeit an, wo der familiae emptor reine Solennitätsperson geworden war, die Fähigkeit, als Erbe oder Tutor eingesetzt zu werden.

Endlich die Fähigkeit, ein Testament in den calata comitia und in procinctu zu errichten, ist nicht abhängig vom commercium, weil durch höhere Voraussetzungen bedingt (s. §. XIV).

7. Die Fähigkeit, mit einem Legate honorirt zu werden und solches zu erwerben, wird dem commercium nicht ausdrücklich überwiesen, wohl aber fällt sie unter dasselbe, weil sie dem emere sich unterordnet (§. X. unter C. 5.). Bezüglich dieser Subsumtion aber werden wir annehmen dürfen, daß von Zeit der Entstehung des testamentum per aes et libram an die Interpretation in dieser Richtung thätig war, bestimmt durch die Erwägung, daß die Honorirung mit einem Legate zu der Erbeinsetzung wie das minus zum majus sich verhalte und daher, wo letztere gegeben, auch jene statthaft sei.

8. Wegen der Fähigkeit als Erbe eingesetzt zu werden von dem Zeitpunkte an, wo der familiae emptor nicht mehr heredis loco war, s. §. XX.

9. Die Fähigkeit, als Solennitätsperson bei den unter 1. 3. und 6. genannten Rechtsgeschäften zu fungiren, somit testis und libripens, wie beziehentlich in späterer Zeit familiae emptor zu sein, wird zwar nirgends als Bestandtheil des commercium bezeichnet, allein der Mangel solcher Fähigkeit bei dem prodigus (§. XVIII.), wie die Analogie der testamentifactio (§. XIX.) berechtigen vollkommen zu solcher Unterordnung.

10. Was endlich die Frage betrifft, welche Gränzlinie wir zwischen dem commercium und der actio zu statuiren haben, so ist dieselbe nur auf historischem Wege zu gewinnen. Wir überweisen der Sphäre der Letzteren die in iure cessio, worüber s. §. XXVIII. not. 67. Denn es bildet dieselbe eine eigene vom commercium unabhängige Partie, dementsprechend auch in den Quellen nicht die geringste Andeutung gegeben ist, daß sie Jenem ohne Weiteres mit inne gelegen hätten. Dagegen sind adoptio und emancipatio, weil sie aus einer Combination von mancipatio und in iure cessio bestehen, gleichzeitig ebensowohl dem commercium, wie der actio unterzuordnen.

## §. XVI.

Bringen wir auf die in §. XV. dem commercium überwiesenen Rechtsgeschäfte die Begriffsbestimmung in Anwendung, welche wir in §. XIV. feststellten, so erkennen wir, daß zwar die Mehrzahl jener Geschäfte zu einer Subsumtion unter jenen Begriff sich eignen, jedoch die litterarum obligatio und die stipulatio hiervon eine Ausnahme machen. Denn wenn es auch der Anschauung der Römer nicht schlechthin widerstrebte, das Geschäft über baares Geld dem emere beizuzählen, wie das Nexum beweist, so dürfte doch hierfür der Grund lediglich in der besonderen Form des Nexum zu erblicken sein, nicht aber darin, daß jedes Geschäft, welches ein Creditiren von baar Geld zum Zwecke hat, ohne Weiteres als emere aufgefaßt worden wäre. Wenn wir daher die litterarum obligatio der emtio nicht unterzuordnen vermögen, so gilt Gleiches von der stipulatio an sich, indem dieselbe lediglich dann, wenn sie auf ein habere rem licere, oder auf ein dare rem, oder auf ein opus facere oder operas praestare gerichtet ist, somit lediglich um dieses ihres Inhaltes willen dem emere sich subsumirt, nicht aber um ihrer selbst willen, daher sie auch z. B. als contractus foenebris,

als acceptilatio dem emere fremd bleibt. Sind daher Stipulation, wie Litteralcontract durch die antike Definition vom commercium nicht mit inbegriffen, gleichwohl aber dem Letzteren mit unterzuordnen, so vermögen wir zur Erklärung jener Fassung der Definition uns nur auf die Thatsache zu berufen, daß Stipulation, wie Litteralcontract als römische Vermögensverkehrsformen noch den XII Tafeln völlig fremd sind und, nach unserer Ansicht, erst durch und resp. in Folge der leges Silia und Calpurnia in das ius civile Romanorum recipirt und damit in den civilen Rechtsverkehr der Römer eingeführt wurden. Diese Thatsache aber, welche wir in Thl. II. §. 33 sq. näher festgestellt haben, läßt den Grund dafür, daß die antike Definition weder Litteralcontract, noch Stipulation mit einschließt, darin erblicken, daß von Zeit des Erwachens wissenschaftlicher, wie litterärischer Bestrebungen auf dem Gebiete des Rechts bis herab zu dem Zeitalter Ciceros vornämlich die XII Tafeln es waren, welche die Blicke der römischen Juristen an sich zogen und fesselten, unter dem Einflusse dieser Anschauungsweise aber es zu erklären ist, wenn jene Definitionen, von Alters her überliefert, in der That nur das XII Tafel-Recht ins Auge faßten, dagegen civile Rechtsformen des Vermögensverkehres unter Lebenden übersehen, welche, weil jüngeren Datums, in den XII Tafeln noch fehlen (vgl. Thl. II. §. 33 sq.). Die traditionelle Ueberlieferung einmal gewonnener Definitionen aber vererbte jene einseitige Begriffsbestimmung auch der Kaiserzeit.

Immerhin kann daher jene veraltete Auffassung für uns nur einen historischen, nicht aber einen historisch dogmatischen Werth haben, da wenigstens von dem Zeitpunkte an, wo das ius civile Romanorum die Stipulation und den Litteralcontract kannte, die Fähigkeit des Peregrinen mit cives Romani in rechtsgültiger Weise jene Geschäfte einzugehen auf die Ertheilung des römischen commercium zu stützen ist. Mit Rücksicht hierauf haben wir es daher für angemessen zu erklären, wenn wir den in der antiken Definition vom commercium gewählten Begriff der emtio venditio aufgeben und an deren Statt das commercium auf das civile Rechtsgeschäft stützen, zumal da die übrigen von uns beigefügten Beschränkungen den Umfang dieses substituirten Begriffes auf sein richtiges Maaß zurückführen. Hiernach aber definiren wir daher das commercium endgültig als:

abstracte Fähigkeit der Person zur Vollziehung, wie überhaupt zur Theilnahme an dem civilen Rechtsgeschäfte, insoweit solches nicht durch das Innehaben einer anderen Stufe civiler Rechtsfähigkeit (ius suffragii, conubii, actionis) bedingt ist,

wobei wir indeß insbesondere die Fähigkeit zur Usucapion nach §. XIV. als abhängig und folgemäßig gegeben durch die Fähigkeit zur Mancipation anerkennen.

Diese Definition beseitigt nun zwar keineswegs alle Zweifel über die Tragweite der Wirkungen des commercium, namentlich insofern als Letzteres in seiner Uebertragung auf den Peregrinen in Frage kommt; vielmehr haben wir innerhalb des den vermögensrechtlichen Geschäftsverkehr regelnden ius civile noch eine Gränzlinie anzuerkennen zwischen demjenigen Gebiete des Rechtes, welches dem commercium sich unterordnete, und dem, welches ihm fremd blieb. Allein da die genaue Fixirung dieser Gränzlinie von der Bestimmung des Begriffes des civilen Rechtsgeschäftes abhängig ist, je nachdem wir nämlich den letzteren Begriff feststellen mit Rücksicht auf denjenigen Bestandtheil, der als die solenne Form des Geschäftes sich darstellt, oder mit Rücksicht auf den Bestandtheil, der als juristisch wesentlicher Inhalt des Geschäftes sich offenbart, so kann jener Zweifel, der in gleicher Weise auch bezüglich des Begriffes emtio venditio obwaltet, gegenwärtig um so weniger seine Erledigung finden, als dieser Punkt eine weitergehende Erörterung beansprucht und wir darauf in Thl. III. unseres Werkes besonders zurückkommen werden. Daher begnügen wir uns, vorläufig in Uebereinstimmung mit dem unten in §. XXXI. zu gewinnenden Resultate den Satz hinzustellen, daß die juristische oder solenne Form allein von Alters her die wesenbestimmenden Merkmale des civilen Rechtsgeschäftes ergab, und daß somit auch das commercium von Alters her seine Beziehung lediglich zu demjenigen Theile des ius civile fand, welcher das Formalgeschäft (Mancipation, Nexum, Stipulation, Litteralcontract) betraf, während es fremdartig und gleichgültig sich verhielt gegenüber dem Theile des ius civile, welcher, wie die lex Genucia über Zinsen, die lex Cincia de donis ac muneribus das materiale Geschäft (foenus, donatio u. dergl.) betraf. Und eine hiermit vollkommen übereinstimmende Gestaltung der Verhältnisse finden wir in der That noch im J. 561. d. St. in einer Darstellung, die uns Liv.

XXXV, 7. überliefert und die wir unten in §. XXXI. näher in Betracht ziehen werden. Erst später trat zu Rom eine Umwandelung der Anschauung insofern ein, als nunmehr der Begriff des civilen Rechtsgeschäftes mit dem juristisch-wesentlichen Inhalte der Geschäfte in Verbindung gesetzt ward, und diese veränderte Anschauung wirkte selbstverständlich auch auf die Gestaltung des commercium während der zweiten Periode ein. Allein auch auf diese Voraussetzung können wir aus den obigen Gründen hier nicht weiter eingehen.

## §. XVII.

An der auf die antike Definition gestützten, in §. XVI. gegebenen Wesenbestimmung des commercium haben wir festzuhalten, so lange nicht Gründe gegen dieselbe erbracht werden. Am Allerwenigsten aber haben wir Veranlassung, das commercium aus der Sphäre der Handlungsfähigkeit in die der Rechtsfähigkeit i. e. S. zu versetzen (vgl. §. IV.). Wenn daher von Böcking, Institutionen §. 33., entsprechend den Irrthümern Früherer, das commercium definirt wird als die Fähigkeit zu allen nach ius civile möglichen Vermögensrechten, so haben wir diese Begriffsbestimmung als eine irrige zu verwerfen, und dies um so mehr, als sie selbst mit historischen Erscheinungsformen im Widerspruche steht. Dieser Widerspruch offenbart sich zuvörderst in negativer Weise darin, daß zunächst die XII Tafeln den forcti und sanates die Fähigkeit zu den nach ius civile möglichen Vermögensrechten, somit nach Böcking commercium verleihen, gleichwohl aber nicht dieses Ausdruckes, sondern der Bezeichnung nexum mancipiumque sich bedienen (vgl. Beil. XV.); und sodann daß bei Liv. XXXV, 7. an Föderirte, welche bereits das commercium haben, doch noch das römische pecuniae creditae ius, somit das ertheilt wird, was dieselben nach Böcking bereits innehaben.

Dagegen in positiver Weise offenbart sich jener Widerspruch darin, daß zuvörderst dem prodigus nicht allein commercio, sondern auch re interdicirt ward, dann aber wenn bereits das commercium an allen civilen Vermögensrechten interdicirte, die Interdiction an der res als rein tautologisch zu fassen wäre, was ohne Berechtigung sein würde; daß sodann im J. 584 zehn Gesandten der Gallier: denorum equorum commercium verliehen wird

(Thl. II. §. 35.), in Bezug hierauf aber es ungeeignet erscheint, anzunehmen, daß Jenen die vermögensrechtliche Rechtsfähigkeit in Bezug auf je 10 Pferde verliehen worden sei, während die Verleihung der Fähigkeit zur Vornahme civiler Rechtsgeschäfte in Bezug auf diese Pferde vollkommen erklärlich ist. Ebenso wenn im Jahre 416 nach Liv. VIII, 14. den freien latinischen civitates, und im J. 587 nach Liv. XLV, 29. den vier regiones Macedoniens das commercium inter se untersagt, resp. entzogen wird, gewinnt der Begriff commercium nur dann einen geeigneten Sinn, wenn wir denselben auf die Rechtsgeschäfte zwischen den Betheiligten, nicht aber auf die Rechtsfähigkeit im Allgemeinen beziehen, da im letzteren Falle jene Interdiction z. B. die bestehenden Schuldverhältnisse aufgehoben haben würde, was uns wenigstens als unglaublich erscheint.

Alle diese Momente nöthigen uns daher, die von Böcking und seinen Vorgängern gegebene, jedoch bereits von Huschke, Gaius p. 215. not. 29. getadelte Wesenbestimmung von commercium als irrig zu verwerfen, namentlich aber auch den Blick frei zu halten von den Einflüssen, welche eine Anschauung der in der Kaiserzeit sich darbietenden Gestaltung der einschlagenden Verhältnisse auszuüben vermag. Denn namentlich ist es die Stellung der Latini während dieser Periode, welche eine mächtige Anziehungskraft auf unseren Blick ausübt und so unsere gesammte Anschauungsweise zu beeinflussen droht. Allein gerade diese Erscheinungsform ist am Wenigsten geeignet, dem Urtheile einen sicheren Maaßstab zu bieten, weil hierbei besondere Verhältnisse obwalteten, welche die Wirkung der Verleihung von commercium nicht rein und unvermischt erkennen lassen. Denn da dem Latinus Iunianus ein eigenes ius civile gänzlich mangelt, vielmehr dessen private Rechtsfähigkeit innerhalb des dem commercium sich unterordnenden Rechtsgebietes lediglich auf seiner Theilnahme am ius civile Romanorum beruht; da ferner die civitates mit ius Latii in der Kaiserzeit mit Verleihung der Latinitas zugleich das beim commercium unterbegriffene ius civile Romanorum als ihr particuläres ius civile verliehen erhalten (§. 98.), so erscheint in dieser Periode commercium stets in Verbindung mit einer Rechtsfähigkeit, welche neben der Fähigkeit zum civilen Rechtsgeschäfte auch die Fähigkeit zum Innehaben der civilen Vermögensrechte umfaßt. Gerade um dieser

Complication der Verhältnisse willen wird aber bei der Wesenbestimmung von commercium die Forschung solche Anknüpfung zu vermeiden haben, weil eine Prüfung der historischen Verhältnisse lehrt, daß jene Verbindung, wie sie die Stellung der Latinen der Kaiserzeit characterisirt, in der That von einem mehrfältigen Gesichtspunkte aus zu erklären ist, in Folge dessen aber am Wenigsten dazu sich eignet, die ursprüngliche Wesenheit vom commercium zu bestimmen.

## §. XVIII.

Der Schluß unserer Untersuchung über das Wesen des commercium mag ein Institut in Betracht ziehen, aus dessen jüngster Gestaltung im römischen Rechtsleben man versucht sein könnte, Bedenken gegen die Richtigkeit unserer Wesenbestimmung des commercium herzuleiten: die Verhältnisse des prodigus, cui bonis interdictum est. Eine historische Betrachtung dieses Institutes wird indeß jedem Bedenken begegnen.

Wie alle Institute des ältesten römischen Rechtes, so hat auch das der Prodigalitätserklärung während des fast tausendjährigen Zeitraumes seines Bestehens wesentliche Veränderungen erfahren. Dieselben lassen sich in der hier fraglichen Beziehung kurz dahin characterisiren, daß die XII Tafeln und ihre Zeit den Thatbestand, der das Interdict wegen Prodigalität begründete, auf das Engste beschränkten, dagegen den Wirkungen solchen Interdictes das weiteste Gebiet einräumten, während die Kaiserzeit die Zulässigkeit des Interdictes außerordentlich erweiterte, dagegen die Wirkungen desselben wesentlich milderte. Beide Punkte stehen in naturgegebener Wechselbeziehung: denn je strenger eine Maaßregel, um so beschränkter ist ihre Anwendbarkeit, und je ausgedehnter die Anwendung, um so mehr mildert sich die Wirkung. Fassen wir nun zunächst das Institut in seiner ursprünglichen Gestaltung ins Auge, so erkennen wir eine höchst beschränkte Voraussetzung der Interdiction darin, daß es den XII Tafeln nicht genügte, wenn der Betreffende nach Anschauung und Sitte der Zeit prodigus war, d. h. in sinnloser Weise verschwendete (nequitia disperdere, vergl. Gell. N. A. VII, 11.), sondern daß dieselben auch erforderten, einmal, daß der prodigus Kinder hatte, welche er durch seine Verschwendung der Dürftigkeit entgegenführte, sodann auch, daß er

Intestaterbe seines Vaters oder väterlichen Gewalthabers im Allgemeinen geworden war, endlich aber auch, daß er gerade diese vom Vater ererbten Güter: die bona paterna avitaque verschwende. Dieser Thatbestand als Voraussetzung der Interdiction läßt sich erkennen theils aus Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XII, 3.: ex lege [sc. XII tabularum] curator dari — poterat, cum ingenuus [sc. prodigus] — ab intestato — heres factus sit patri), theils aus Cic. de Sen. 7, 22. (nostro more male rem gerentibus patriis bonis interdici solet), sowie in dem Beispiele, welches Valer. Max. III, 5, 2. aus der Mitte des 7. Jahrhunderts (bezüglich des Q. Fabius Max. Allobrog. cos. a. 633.) berichtet (ei Q. Pompeius praetor urbanus paternis bonis interdixit); vornämlich aber tritt er zu Tage in dem Interdicte selbst, wie solches überliefert wird von Paul. Sent. rec. III, IVa. §. 7.:

> Quando tibi bona paterna avitaque nequitia tua disperdis liberosque tuos ad egestatem perducis, ob eam rem tibi ea re commercioque interdico,

indem hier alle Momente des oben angegebenen Thatbestandes ihren besonderen Ausdruck finden, mit alleiniger Ausnahme des intestatarischen Erbganges des verschwendeten Gutes, der jedoch einer besonderen Erwähnung nicht bedurfte, weil dieser Moment bereits in dem Ausdrucke bona paterna avitaque implicite mit ausgesprochen ist.

Dagegen die Wirkungen der Interdiction concentriren sich in den Ausdrücken res und commercium, da in jeder von beiden Beziehungen interdicirt wird. Fassen wir daher zunächst die Interdiction an der res ins Auge, so haben wir hierbei res in der nämlichen Bedeutung zu nehmen, wie in dem XII Tafelgesetze: uti legassit, super pecunia tutelave, suae rei, ita ius esto, demnach im Sinne von res privata oder res familiaris, d. i. Hauswesen, eine Bedeutung, die bereits zu Cicero's und Varro's Zeit der gemeinen Sprache entfremdet war und die der res regelmäßig nur dann noch zukam, wenn diese durch die angegebenen Zusätze familiaris oder privata besonders prädicirt wurde (vgl. Thl. II. not. 152). Indem nun das Interdict dem prodigus ea re d. i. re paterna avitaque interdicirte, so war die Wirkung hiervon die, daß dadurch das vom Vater ab intestato ererbte Hauswesen dem Interdicirten in der Weise untersagt und benommen wurde, daß zwar nicht die

Zuständigkeit der darauf bezüglichen Rechte dem prodigus entzogen, wohl aber deren Ausübung auf einen curator übertragen wurde, oder, nach classischem Sprachgebrauche, daß das dominium an den bona dem prodigus verblieb, die possessio dagegen auf den curator überging, so daß demnach der Letztere eine auf die Dauer der cura beschränkte bonorum possessio erhielt.[36]) Daher löst die inter-

36) Daß diese Ausdrucksweise, wie Auffassung der juristischen Ordnung des Verhältnisses in der That eine dem Geiste des classischen Alterthumes entsprechende ist, erkennen wir aus der Gestaltung und Auffassung der nämlichen Verhältnisse bezüglich der ganz analogen cura furiosi, hinsichtlich deren Acro zu Hor. Sat. II, 3, 216 sq.: interdicto huic omne adimat ius Praetor et ad sanos abeat tutela propinquos] berichtet: 1. Insanis etenim interdicto praetoris bonorum possessio tollebatur et propinquis tuenda tradebatur. Item aliter (d. h. ebenso in anderen Fällen der cura, nämlich bei der cura prodigi). 2. Apud veteres insanis a praetoribus ius dominii auferebatur. Nicht minder sagt Porphyrio ad h. l.: Insani solent accipere a praetore curatores bonorum suorum, ita ut illis uti non liceat, nisi ad arbitrium alienum, scilicet ne perdant. Unter dem Namen des Acro vereinigt sich aber ein doppelter Bericht: der unter 1., welcher in Ausdrucksweise und Gedanken ächt juristisch und einem guten Werke der frühesten Kaiserzeit entlehnt ist; sodann der unter 2., welcher gleiche Quelle hat, aber in Ausdruck und Auffassung modernisirt und verderbt ist. Der Bericht unter 1. sagt nun ganz unzweideutig, daß eine Bon. Poss. für die Dauer der cura dem furiosus entzogen und dem curator übertragen, somit also die potestas in pecunia furiosi der XII Tafeln von einer späteren Zeit zu solcher Bon. Poss. inter vivos construirt wurde, und hiermit stimmt überein Proculus lib. 8. Epist. (Dig. XXXI, 1, 48. §. 1.): Bonorum possessione dementis curatori data, legata a curatore, qui furiosum defendit, peti potuerunt, insofern hier die Bon. Poss. mortis causa dem curator selbst für den furiosus beigemessen wird und gerade dies in vollkommenster Harmonie mit jenem Satze steht, daß dem curator überhaupt eine Bon. Poss. bezüglich des Vermögens des Curanden zukam. Der Bericht unter 2. dagegen ist in der Weise zu erklären, daß, weil die Bon. Poss. mortis causa in der späteren Zeit ein Eigenthumsrecht (ius dominii) gab, demgemäß der Verfasser dieser Schede auf den in seiner Quelle vorgefundenen Satz: daß dem furiosus die Bon. Poss. [inter vivos] entzogen und dem curator übertragen werde, jene Auffassung der späteren Zeit übertrug und nun das ius dominii dem furiosus entzogen und dem curator übertragen werden ließ. Gerade dies aber ist für alle Zeitalter Roms falsch: für die Republik galt vielmehr der Satz, daß das, was die spätere Zeit ius dominii nannte, dem furiosus blieb, dagegen die Bon. Poss. auf den Curator temporär überging. Der Bericht des Porphyrio endlich faßt das Verhältniß nicht in seiner juristischen Wesenheit, sondern in seiner practischen Beziehung auf: nicht die theoretische Ordnung der Dinge, sondern die Gestaltung, wie sie im Leben sich offenbart, das uti bonis suis.

dictio re zwar nicht die abstracte und ideelle Verknüpfung der bereits erworbenen, wie zukünftigen Rechte mit dem bisherigen Subjecte, sondern überträgt nur die concrete und effective Ausübung dieser Rechte auf den curator, oder mit anderen Worten: die Interdiction beläßt die Rechtsfähigkeit in ihrer potentiellen Beziehung bei dem prodigus, und entzieht diesem nur die Rechtsfähigkeit in ihrer actuellen Beziehung. Und insofern dabei die Bezeichnung selbst interdico „re“ auf eine Identificirung des Objectes des Rechtes (Hauswesen) mit den Rechten selbst an diesem hinweist, da in Wahrheit an den Rechten, nicht aber an der Sache interdicirt wird, so wird hiermit zugleich die von uns in §. V. unter 2. gemachte Bemerkung bestätigt.

Während nun die Interdiction re die Rechtsfähigkeit im e. S. betraf und diese in innerlich beschränkter Weise, in Bezug auf die Ausübung allein der Rechte entzog, so betraf nun die Interdiction commercio die Handlungsfähigkeit[37]) und entzog hier die Fähigkeit zu allen denjenigen Rechtsgeschäften, welche diesem Begriffe des commercium sich unterordneten. Daher vermögen wir für das commercium auch in dieser seiner Stellung in der Prodigalitätserklärung vollkommen die Bedeutung festzuhalten, die wir für dasselbe in §. XVI. feststellten, indem durchaus kein Grund vorliegt, welcher ein Abgehen von jener Wesenbestimmung erheischte. Denn daß die Prodigalitätserklärung nur das vermögensrechtliche Geschäft, nicht aber auch das die Ehe betreffende Rechtsgeschäft berührt, erscheint den Verhältnissen selbst vollkommen angemessen, und daß dieselbe der actiones nicht gedenkt, wird erklärlich, sobald diese, wie gebührend, der res privata mit überwiesen werden. Zwar trat nun, während von Anfang an die Prodigalitätserklärung durch ihre Interdiction am civilrechtlichen Vermögens-

37) Hiermit findet zugleich die in §. V. unter 1. gemachte Bemerkung ihre Bestätigung, daß die Römer von Alters her die Rechte in ihrer Beziehung zum Subjecte nicht nach Inhalt und Umfang, wie nach Erwerb und Verlust ins Auge faßten, sondern nach anderem Gesichtspunkte, nämlich im Obigen nach dem Objecte: der res familiaris, und nach dem Rechtsgeschäfte: in dem commercium. — Die obige Darstellung ergiebt übrigens, daß die wohl aus Sabin. lib. 3. iur. civ. entnommene, von Pompon. lib. 34. ad Sabin. (Dig. L, 17, 40.) überlieferte Parömie: furiosi vel eius, cui bonis interdictum sit, nulla voluntas est, für die ältere Zeit in der That weit mehr Wahrheit enthält, als man ihr einzuräumen gemeinhin geneigt ist.

geschäfte zugleich alle und jede vermögensrechtlichen Geschäfte untersagte, eine Veränderung hierin seit der ersten Hälfte des sechsten Jahrh. d. St. ein, insofern in Folge der Entstehung des ius gentium Rechtsgeschäfte zur Anwendung und Gültigkeit gelangten, welche dem Begriffe des commercium sich nicht unterordneten. Allein auch diese Veränderung, daß fortan jenes Interdict nicht mehr alle Rechtsgeschäfte inbegriff, wird lediglich als eine in thesi bestehende aufzufassen sein, indem dadurch, daß die Interdiction an der res neben der am commercium bestand, der Interpretation jener Zeit ein genügender Anhaltepunkt gegeben war, die concrete Statthaftigkeit und practische Wirksamkeit der Geschäfte des ius gentium für den prodigus zu negiren, wenn immer auch demselben die Fähigkeit zur Vornahme solcher Geschäfte in abstracto zukam. Jedenfalls entspricht es nicht dem Geiste der Interpretation der Republik, daß dieselbe nach Entstehung des ius gentium um jenes Bedenken willen das Wesen der Prodigalitätserklärung umgestaltet haben sollte, wogegen jenes äußere Anschließen an gesetzlich gegebene Worte vollkommen dem Sinne und der Methode der wissenschaftlichen Fortbildung des Rechtes im Zeitalter der Republik gemäß ist. Vielmehr war es erst die Kaiserzeit, welche in dem Zeitraume von der Mitte des 1. Jahrh. bis zur Mitte des 2. Jahrh. p. Chr.[38]) das ganze Institut wesentlich umgestaltete.

Diese Veränderungen selbst, welche das fragliche Institut während des angegebenen Zeitraumes erfuhr, bestehen aber darin, das zunächst der Thatbestand, den die Prodigalitätserklärung voraussetzte, sehr bedeutend erweitert wurde, indem nunmehr einem jeden prodigus interdicirt wurde, ohne Unterschied, ob er Kinder hatte und ob er die ab intestato vom Vater ererbten bona paterna avitaque, oder andere und auf andere Weise erworbene Güter verschwendete;[39]) sodann aber darin, daß die Wirkungen der Inter-

38) Vergl. einerseits Sabinus bei Ulp. lib. 1. ad Sabin. (Dig. XXVII, 10, 1. pr.): lege XII tabularum prodigo interdicitur bonorum suorum administratione, quod moribus quidem ab initio introductum est; und andrerseits Ulpian. ad h. loc.: Sed solent hodie Praetores vel Praesides, etc. und Pompon. in not. 42. cit. u. a. m.

39) Vergl. Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XII, 3.), lib. 1. ad Sabin. (s. not. 38.) u. a. m.

diction wesentlich gemildert wurden, indem dem prodigus nunmehr die Vornahme gewisser vermögensrechtlicher Geschäfte gestattet wurde, so der Antritt der Erbschaft,[40]) die Stipulation, insofern dieselbe einen Erwerb begründet,[41]) die Novation, insofern solche das Vermögen verbessert.[42]) Indem nun aber das Criterium dafür, welche Rechtsgeschäfte dem prodigus fortan gestattet sind, in der Vortheilhaftigkeit des Geschäftes selbst für den prodigus zu erblicken ist,[43]) so erkennen wir hiermit zugleich, wie die Kaiserzeit dem in diesem Punkte maaßgebenden Principe der XII Tafeln ein vollständig anderes und neues Princip substituirte. Denn indem die XII Tafeln dem prodigus ein jedes vermögensrechtliche Geschäft als solches interdiciren, ohne Rücksicht darauf, ob dessen materielle causa eine onerosa oder lucrativa und ob dessen practischer Effect ein Gewinn oder Verlust war, so sprachen die XII Tafeln hiermit ein Princip aus, welches, einfach in seinem Wesen und rein formaler Tendenz, gerade darin dem Geiste des alten röm. Rechtes auf das Vollkommenste entspricht, daß es ohne jedwede Rücksicht auf materiale Criterien: auf die materielle causa, oder auf concrete Umstände: auf den practischen Erfolg, lediglich das äußere Moment ins Auge faßt: das vermögensrechtliche Geschäft an sich in seiner Erscheinung als Rechtsact, und daß es in völlig abstracter Weise diese seine Regel setzt: für alle und jede derartige Acte im Allgemeinen. Der Kaiserzeit dagegen, bestrebt, das innere Wesen der Rechtsverhältnisse, und die Materie und den Inhalt der Rechtsgeschäfte zur Geltung zu bringen, konnte jenes alte Princip nicht mehr genügen, daher sie demselben ein neues, auf materielle Criterien gestütztes Princip substituirte: daß der prodigus zwar kein Rechtsgeschäft abschließen dürfe, durch welches und insoweit er durch solches sein Vermögen mindert oder verschlechtert, wohl aber

40) Ulp. lib. 1. ad Sabin. (Dig. XXIX, 2, 5. §. 1.): Eum cui lege bonis interdicitur, heredem institutum posse adire hereditatem constat.

41) Ulp. lib. 1. ad Sabin. (Dig. XLV, 1, 6.): Is cui bonis interdictum est, stipulando sibi acquirit; — — promittendo obligari non potest.

42) Pompon. lib. 1. ad Sabin. (Dig. XLVI, 2, 3.): cui bonis interdictum est, novare obligationem suam non potest, nisi meliorem suam conditionem fecerit.

43) Vergl. Savigny, System §. 112. sub C., Böcking, Inst. §. 39. sub 2.

fähig ist zu jedem Rechtsgeschäfte, durch welches und insoweit er durch solches sein Vermögen vergrößert oder verbessert.

Allein dieses Princip mit allen seinen Sätzen gehört lediglich der Kaiserzeit an, wogegen es der Republik noch völlig fremd ist. Ja wir vermögen sogar zu behaupten, daß jenes neue Princip im gesammten späteren römischen Rechtsleben niemals zu voller Ausprägung und zu alleiniger und unbeschränkter Herrschaft gelangte, wie wir daraus erkennen, daß einestheils im Widerspruche mit jenem neuen Principe dem prodigus die Fähigkeit zur Testamentserrichtung, wie zum Solennitätszeugnisse abgesprochen wird,[44]) anderntheils aber auch es unentschieden bleibt, ob bezüglich der Vortheilhaftigkeit des Geschäftes dessen abstracter Character oder dessen concreter Erfolg über die Statthaftigkeit der Vollziehung desselben Seitens des prodigus entscheidend ist.[45]) Diese Inconsequenzen und Unvollkommenheiten erscheinen jedoch vollkommen erklärlich: denn jedes Rechtsprincip erfordert, um eine unbehinderte Anwendung im Leben, wie allgemeine Anerkennung in der Doctrin sich zu erringen und alles Entgegenstehende und Widersprechende zu überwinden, eines gemessenen Zeitraumes seiner Wirksamkeit und Kraftäußerung. Da aber mit der Fähigkeit zur Speculation im Allgemeinen das Vermögen, neue Principien zu finden, zu klären und durchzuführen schwindet, so schwindet auch mit dem 4. Jahrh. n. Chr. die wissenschaftliche Fähigkeit wie die legislative Thätigkeit, diejenigen Principien im Rechte zu bestimmter Präcision abzurunden und zu voller Geltung auszuprägen, welche einen zu kurzen Zeitraum hindurch erst wirkten, um genau sich zu determiniren und alle ihnen zugängigen Beziehungen des Rechtes zu durchdringen: dann aber tritt im Rechte die Erscheinung zu Tage, daß neben dem neuen Principe das alte noch in einzelnen

44) Testamentserrichtung: Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XX, 13.), lib. 1. ad Sabin. (Dig. XXVIII, 1, 18. pr..), Paul. sent. rec. III, IVa. §. 7. 12., I. Iust. II, 12. §. 2. — Solennitätszeugniß: Ulp. lib. 1. ad Sabin. cit., Paul. sent. rec. III, IVa. §. 12., I. Iust. II, 10. §. 6.

45) Qualität des Geschäftes in abstracto: bezüglich des Erbantrittes bei Ulp. in not. 40. und dazu Savigny l. c. not. u.; ferner bezüglich der activen Seite der Stipulation bei Ulp. in not. 41. — Concreter Erfolg: bezüglich der Novation bei Pompon. in not. 42. — Das nämliche Princip war übrigens adoptirt bezüglich der von der auctoritas des muliebris tutor befreiten Geschäfte des ius gentium; s. Thl. II. not. 952. unter 4.

Kundgebungen dauert und widersprechend fortwirkt, und diese Erscheinung eben ist es, welche im Obigen uns entgegentrat.

Daß wir nun aber in dieser neuen Gestaltung des Institutes der Prodigalitätserklärung den alten, historisch überlieferten Begriff des commercium nicht wiederzuerkennen vermögen; daß derselbe entstellt und verdrängt worden ist durch die neue Ordnung der Dinge; dies darf nicht Wunder nehmen, noch auch Bedenken erregen an der Richtigkeit der von uns gegebenen Bestimmung des Begriffes. Weit eher möchte es gestattet sein, sich zu verwundern, daß noch zu des Paulus Zeit die Prodigalitätserklärung in Worten erfolgte, die lediglich für die Rechtsverhältnisse der Republik als angemessen gelten können, bezüglich der Kaiserzeit dagegen Voraussetzungen aussprechen, die man als maaßgebend in der That gar nicht mehr anerkannte. Allein auch hierin werden wir mit Recht einen ächten Zug des römischen Volksgeistes anerkennen dürfen, der fest an dem Alten hängt, gleich am erprobten, vertrauten Freund.[46])

## §. XIX.

Zu dem Begriffe der testamentifactio übergehend, wie wir solchen in §. VIII. unter 1. feststellten, so vermissen wir hier eine vom Alterthume uns überlieferte Definition, daher wir sofort zur Betrachtung derjenigen einzelnen Beziehungen der Rechtsfähigkeit uns wenden, welche das Alterthum der testamentifactio unterordnete. In dieser Hinsicht aber vermögen wir einen vierfältigen Bestandtheil zu unterscheiden, nämlich:

1. die Fähigkeit eine letztwillige Verordnung zu errichten, und zwar sowohl ein Testament, wie ein Codizill. Ersteres bezeugt Gai. Inst. II, 114. Ulpian. lib. 39. ad Edict. (Dig. XXXVII, 11, 1. §. 8. 9.), wozu vergl. I. Iust. II, 19. §. 4.; Letzteres Marcian.

---

46) Es unterliegt durchaus keinem Bedenken, das von Paulus überlieferte Interdict bis auf die XII Tafeln zurückzuführen, da andere Beispiele ein so hohes Alter solcher Formeln bestätigen. Die Möglichkeit der Conservirung beruht darauf, daß jenes Interdict als actio im Gegensatze zum ius d. i. als Rechtsformel (s. Leist, Geschichte der röm. Rechtssysteme p. 4. sq.) in den Formelbüchern verzeichnet und aufbewahrt war. Dabei wird obiges Interdict nicht in den libri pontificii, sowie später im ius Flavianum, sondern in den Ritualbüchern der Consuln und später der Prätoren gestanden haben.

lib. 7. Inst. (Dig. XXIX, 7, 6. §. 3.), Paulus lib. sing. de Iur. Cod. (Dig. XXIX, 7, 8. §. 2.), Iulianus lib. 39. Dig. (Dig. eod. l. 3. pr.). Abhängig davon erscheint die Fähigkeit:

a. zum Erben einzusetzen; Theoph. Paraphr. II, 10. §. 6.

b. ein Legat auszusetzen;

c. ein Fideicommiß auszusetzen; Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXV. §. 4.), lib. 1. Fideicomm. (Dig. XXX, 1, 2.);

d. mortis causa zu schenken; vergl. Thl. II. not. 943.

e. einen Tutor zu ernennen;

f. testamento zu manumittiren.

2. Die Fähigkeit im Testamente bedacht zu werden, und zwar:

a. in eigener Person oder durch das Mittel des in potestate Befindlichen zum Erben eingesetzt zu werden und insoweit nöthig die cretio vorzunehmen; Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXII, 1. 2. 9.) lib. 6. Regul. (Dig. XXVIII, 5, 50.), Florentinus lib. 10. Instit. (Dig. XXVIII, 5, 49. §. 1.), I. Iust. II, 19. §. 4. (wozu vergl. not. 17.), II, 14. §. 3. Theoph. Paraphr. II, 10. §. 6.;

b. in eigener Person oder durch das Mittel des in potestate Befindlichen mit einem Legate honorirt zu werden; Gai. Inst. II, 218. I. Iust. II, 20. §. 24., Pompon. lib. 1. ad Qu. Muc. (Dig. XXXIV, 4, 20.), wozu vergl. lib. 3. ad Sabin. (Dig. XXX, 1, 12. §. 2.);

c. in eigener Person oder durch das Mittel des in potestate Befindlichen mit einem Fideicommisse honorirt zu werden; Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XXV, 6.), wozu vergl. Gai. Inst. II, 285; auch Paul. lib. 3. fideicomm. (Dig. XL, 5, 3. pr.);

d. mortis causa geschenkt zu erhalten; vgl. Thl. II. not. 943.

e. zum Tutor ernannt zu werden; Paul. lib. 8. Brev. (Dig. XXVI, 2, 21.), Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XI, 16.).[47])

Nicht dagegen

f. einen Vortheil zugewendet zu erhalten, welcher durch mortis causa capio erlangt wird, insofern diese iuris gentium ist; vergl. Thl. II. §. 109.

3. Die Fähigkeit, als Solennitätsperson bei einer Testaments-

---

47) Vergl. auch Paul. lib. 9. Resp. (Dig. XXVI, 2, 32. pr.): Quaero: an non eiusdem civitatis cives testamento quis tutores dare possit? Paulus respondit: posse.

errichtung zu fungiren, sei es als familiae emptor oder libripens oder reiner Zeuge; Ulp. lib. sing. Reg. (fr. XX, 2. 8.) I. Iust. und Theoph. Paraphr. II, 10. §. 6.

4. Die Fähigkeit, pro herede und pro legato zu usucapiren, s. §. XV. unter 2. Daß dagegen die Fähigkeit zur Delation und Erwerbung der hereditas wie bon. poss. ab intestato und contra tabulas der testamentifactio von den Römern untergeordnet worden wäre, dafür habe ich in den Quellen eine Spur nicht angetroffen.

Entnehmen wir nun aus diesen der testamentifactio untergeordneten Beziehungen die gemeinsamen allgemeinen Merkmale, so erkennen wir, wie in der Hauptsache richtig ist, wenn Puchta, Instit. §. 307. die testamentifactio als Fähigkeit des testamentarischen Erbrechtes definirt, während mißbilligenswerth ist, wenn Burchardi, Lehrb. d. röm. Rechtes II. §. 317. dieselbe als Recht, in Erbschaftsangelegenheiten nach röm. Recht behandelt zu werden, erklärt. Wir selbst aber können, wenn wir von der Usucapion auf Grund eines erbrechtlichen Titels absehen, die testamentifactio in der hier in Betracht gezogenen Bedeutung definiren als:

abstracte[48]) Fähigkeit zur activen, wie passiven Betheiligung an dem nach ius civile Romanorum errichteten Testamente, mit Ausnahme jedoch der der mortis causa capio entsprechenden Honorirung.

Daß wir aber bei dieser Definition der Usucapion auf Grund eines erbrechtlichen Titels nicht besonders gedenken, geschieht lediglich um der äußeren Rücksicht willen, daß wir solches auch bei der Definition von conubium und commercium unterließen; gerechtfertigt aber erscheint dies Verfahren um deßwillen, weil wir annehmen dürfen, daß, wie die Römer die Usucapion als Complement und Begleiterin der coëmtio und der mancipatio ansahen, so auch dieselben auf dem Gebiete des Erbrechtes die Usucapion in einer entsprechenden Beziehung zum Erwerben aus dem Testamente auffaßten und demgemäß die Fähigkeit zu Jener für eine reine Folgewirkung der Fähigkeit zu Dieser erklärten.

Stellen wir nun testamentifactio und commercium ver-

48) Dieser Moment des Abstracten wird mehrfach besonders hervorgehoben, so namentlich von Paul. lib. sing. de Iur. Cod. (Dig. XXIX, 7, 8. §. 2.), Pompon. lib. sing. Reg. (Dig. XXVIII, 1, 16. §. 1.); vgl. auch §. IX.

gleichend neben einander, so erkennen wir, wie theilweis die nämlichen Rechtsinstitute Beiden gleichmäßig sich unterordnen, so namentlich die Testamentserrichtung, der Erwerb durch Legat, die erbrechtliche Usucapion, andrerseits aber in anderen Punkten wiederum eine Verschiedenheit der Sphären Beider obwaltet, insofern nicht allein das commercium ein Mehreres umfaßt, als die testamentifactio, sondern auch der Letzteren Stücke zukommen, welche der Ersteren fremd bleiben, nämlich die Fähigkeit ein Codizill zu errichten, ein Fideicommiß auszusetzen, mit Fideicommiß honorirt zu werden, sowie auch als Erbe eingesetzt und als Tutor ernannt zu werden seit jenem Zeitpunkte, wo der familiae emptor aufhörte, heredis loco zu sein und reine Solennitätsperson ward. Denn die Fähigkeit zu allen diesen Stücken wird theils in den Quellen nicht auf das commercium, sondern immer nur auf die testamentifactio zurückgeführt, theils kann sie dem gegebenen Begriffe von commercium an sich schlechterdings nicht untergeordnet werden.

Wenn nun diese partielle Gemeinschaftlichkeit, wie Besonderheit der Sphäre der testamentifactio und des commercium ganz unzweideutig auf ein verschiedenes Alter beider Begriffe hinweist, so werden wir auch in §. XX. diesen Moment näher ins Auge fassen und durch weitere Gründe bestätigt finden.

## §. XX.

Bei Betrachtung des historischen Verhältnisses zwischen den Begriffen testamentifactio und commercium bietet zunächst die Annahme sich dar, daß der erstere Begriff seiner Entstehung nach jünger sei, als der Letztere, indem vor Allem hierauf hinleitet die Wahrnehmung, daß der hier fragliche Begriff in der That erst in den Quellen der Kaiserzeit vollkommen ausgebildet uns entgegentritt. Zwar finden wir bereits bei Aelius Gallus (Fest. s. v. nexum p. 165.) und bei Cic. Top. 11, 50. den Ausdruck testamenti factio, nicht minder factio testamenti bei Cic. ad Fam. VII, 21. (wozu vergl. Huschke, de caus. Sil. in Studien des römischen Rechts p. 19 sq.) und testamenti faciendi potestas bei Demf. de Inv. II, 50, 149.; allein allenthalben vertreten diese Ausdrücke, was Aelius Gallus betrifft, den in §. VIII. unter 4., was dagegen Cicero betrifft, den in §. VIII. unter 2. festgestellten Begriff der

Errichtung des Testamentes, resp. der Fähigkeit hierzu, während dafür kein Anhalt gegeben ist, daß man jenen Ausdrücken auch die hier fragliche Bedeutung beigemessen habe, welche die Kaiserzeit ihnen beilegte. Hierzu kommt, daß die nicht juristischen Quellen, welche des conubium und commercium so häufig gedenken, die hier fragliche testamentifactio gänzlich übergehen, hieraus allenthalben aber zu entnehmen ist, daß die staatsrechtliche und historische Wichtigkeit, welche dem conubium und commercium zukam, der testamentifactio in höherem Maaße mangelte. Noch entscheidender aber ist der Umstand, daß für die alte Zeit überhaupt gar keine Veranlassung und kein Bedürfniß vorhanden war, diesen Begriff nur zu bilden, insofern vor dem Zeitpunkte, wo der familiae emptor zur reinen Solennitätsperson ward, durchaus keine rechtliche Beziehung gegeben war, welche als selbstständiger Inhalt der testamentifactio gedacht werden kann und als Stoff, der nicht bereits unter dem commercium mit inbegriffen gewesen wäre. Gerade hiermit aber stimmt wiederum überein, daß in der That das Zeitalter der Republik auch kein Beispiel aufweist wo die testamentifactio an sich Gegenstand der völkerrechtlichen Vereinbarung zwischen den italischen civitates geworden wäre.

Alle diese Momente weisen unzweideutig darauf hin, daß wir in der testamentifactio eine Begriffsbildung späterer Zeiten zu erblicken haben, und wir selbst glauben nicht zu irren, wenn wir die Grundlagen solchen Bildungsprocesses auf den Zeitpunkt zurückführen, wo in dem testamentum per aes et libram jene folgenreiche Aenderung eintrat, daß der familiae emptor aufhörte, heredis loco zu sein. Denn während bisher den Latini, wie den Bürgern anderer föderirter populi in Folge der Verleihung des römischen commercium namentlich auch die Fähigkeit innegewohnt hatte, zu Erben eingesetzt zu werden, weil sie als familiae emptores die res familiaris des Testator, insoweit und insofern hierbei eine Uebertragung gesetzlich statthaft war, acquiriren konnten, so wurden durch jene Veränderung in der Stellung des familiae emptor diese Befugnisse der Föderirten dem Principe nach vernichtet. Gleichwohl aber lag es am Wenigsten im Geiste jener Zeit, welcher die angegebene Veränderung zu überweisen ist, die Theilnahme der Föderirten am ius civile irgend wie zu schmälern, vielmehr erscheint es wahrscheinlich, daß man denselben jene alten, dem Principe nach

hinweggefallenen Befugnisse thatsächlich beließ; und hierauf deutet in der That auch hin, daß man, wie Varro erkennen läßt (§. X. unter C. 5.) die legitima hereditas dem für das commercium maaßgebenden Begriffe der emtio und damit dem commercium selbst mit unterordnete, während doch in Varro's Zeitalter der familiae emptor in der That nicht mehr heredis loco war. Beließ man daher den mit commercium Beliehenen das alte Maaß der Rechtsfähigkeit nach ius civile, so trat hiermit gleichzeitig neben das commercium ein neues Etwas, welches eine Rechtsfähigkeit gewährte, die dem commercium selbst nicht mehr innelag. Und hierauf wandte die Kaiserzeit den (in der Bedeutung von §. VIII. unter 2. und 4.) ihr überlieferten Ausdruck von testamentifactio an und brachte so den Begriff zum Abschluß, der, wahrscheinlich in der lex Iunia Norbana zum ersten Male eine legislatorische Anwendung findend, in der Kaiserzeit so häufig uns entgegentritt (§. VIII. unter 1.) und hier nun die Sphäre des dem commercium bisher noch untergeordneten Erbrechtes sich ausschließlich zu usurpiren strebt, ja nach Einführung der Codizille und Fideicommisse sein Gebiet in einer Maaße ausdehnt, die dem commercium selbst stets fremd war. Der Periode dagegen, die zwischen dem letzteren Zeitpunkte und dem Eintritte der obigen Veränderung in der Stellung des familiae emptor inneliegt, war die testamentifactio als ein selbstständig neben dem commercium bestehendes Institut nicht der Sache nach, wohl aber dem Begriffe nach noch fremd. In Alle dem aber erkennen wir einen ganz analogen Entwickelungsgang an, wie bezüglich des ius nexi mancipiique: denn wie das Letztere zu Cicero's Zeit in ein ius nexi et hereditatis sich verwandelt hatte (Thl. II. §. 62.), so trat neben das commercium ungefähr zur selben Zeit die testamentifactio.

## C.

### Recuperatio. Actio. Legisactio.

### §. XXI.

In vollkommener begrifflicher Unabhängigkeit von conubium und commercium finden wir die recuperatio. Gleichwohl aber waltet zwischen dieser und jenen Beiden eine äußere Verwandtschaft

ob, welche darin beruht, daß wie wir conubium und commercium als Gegenstand des Staatsvertrages und als juristische Grundlage des internationalen Verkehres zwischen den verschiedenen italischen civitates vorfinden, so auch die recuperatio in gleicher Weise eine ähnliche Beziehung zwischen zwei populi repräsentirt. Diese Wahrnehmung allein schon leitet zu der Annahme hin, daß eine entsprechende Beziehung zur civilen Rechtsfähigkeit, wie wir solche im conubium und commercium erkannten, auch hinter der recuperatio sich birgt. Und solche Annahme findet in der That ihre Bestätigung durch eine genauere Prüfung des Wesens der recuperatio, die uns offenbart, daß, gleich wie das conubium und commercium die Fähigkeit für das civile Rechtsgeschäft in Bezug auf Ehe und Vermögensverkehr vertreten, so die recuperatio eine Beziehung zur civilen actio darbietet. Hiermit aber erkennen wir, wie conubium, commercium und recuperatio oder resp. actio zu einer Gruppe sich verbinden, welche die wichtigsten Beziehungen der civilen Privatrechtsfähigkeit umschließt. Und mit dieser Erkenntniß haben wir zugleich das unentbehrliche Glied jener Kette entdeckt, welche für den Peregrinen die Rechtsfähigkeit nach ius civile Romanorum vermittelt. Denn daß, sobald die Völker des antiken Italiens sich gegenseitig Rechtsschutz zugestanden, conubium und commercium allein völlig unzureichend sind, um diesen Schutz zu vermitteln; daß vielmehr Beide die wichtigsten Verkehrsbeziehungen schutzlos lassen und ein weites Gebiet des civilen Privatrechtes dem Peregrinen nicht erschließen, bedarf lediglich eines Hinweises auf die unter B. dieser Beilage gewonnenen Resultate. Sollte daher der zwischen den italischen Staaten vereinbarte Rechtsschutz seinem Zwecke entsprechen und nicht eine rein illusorische Gabe bleiben, so mußte mit absoluter Nothwendigkeit noch neben conubium und commercium eine weiter gehende Rechtsgemeinschaft vermittelt werden, und dieses wesentliche Complement Jener repräsentirt eben die recuperatio.

Alle diese Sätze sind nun im Einzelnen zu beweisen und zu begründen, und indem dies im Nachstehenden beschehen wird, gehen wir dabei von dem Begriffe der recuperatio aus, um von hier aus zu dem der actio uns überleiten zu lassen.

## §. XXII.

Unsere Kenntniß von der ursprünglichen Bedeutung der recuperatio beruht vornämlich[49]) auf einer Stelle, welche aus dem Werke des C. Aelius Gallus de verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione in des Verrius Flaccus de Verborum significatione übergegangen und aus diesem von Festus p. 274. überliefert ist und dahin lautet:

> Reciperatio est — —, cum inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lex convenit, quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur.

Hiermit ist zu verbinden die Definition bei Theophil. Paraphr. I, 6. §. 4.:

> Recuperatores, quia per eos unusquisque debitum recipiebat.

Jene Definition des Gallus nun erscheint ihrem Inhalte nach so klar und eben, daß eine Veranlassung zu Zweifeln und Bedenken kaum geboten erscheint; dennoch aber ist diese Klarheit in mehreren Punkten von den Neueren getrübt worden.

Zunächst nämlich ist von Sell, die Recuperatio p. 47. sq. das reges nationesque als ein zu populum gehöriges Glied der Rede und in Gegenüberstellung zu den civitates peregrinas aufgefaßt worden unter der höchst auffälligen Bemerkung, daß die Verbindung von reges nationesque mit civitates peregrinas eine Tautologie enthalte, mit populum dagegen eine solche nicht biete. Da jedoch die Begriffe von populus und civitas eine gleiche Sphäre haben, so enthält nach jener Voraussetzung Sell's entweder eine jede oder aber keine von beiden Verbindungen gleichmäßig eine Tautologie. Daß aber in Wahrheit „et reges nationesque et civitates peregrinas" dem „populum" gemeinschaftlich gegenüber stehen, ergiebt dort der Gebrauch des Plural, hier der Gebrauch des Singular, sowie der Umstand, daß die Römer bei genauer Bezeichnung der souveränen Staaten in der That auch anderwärts reges und civitates scheidend verbinden, so Aelius Gallus selbst

---

49) Lediglich untechnische Bedeutungen geben die Gloss. Labb. s. v. recuperacio, recuperavit, recupero; beachtenswerth ist nur: recuperator, δικαστής, sowie die beiden Glossen bei Brisson. de V. S. s. v.: recuperatores, ἐξισωταὶ ἀνάληψιν δι' ἑαυτῶν ποιούμενοι, ὀρθωταὶ τοῦ δήμου, und recuperatores sunt, qui latrones et alios delinquentes recipiunt.

lib. 1. de V. S. bei Fest. s. v. postlim. p. 218.: cum populis liberis et non foederatis, et cum regibus nobis est postliminium, wozu wegen der Lesart vergl. Hase, ius postlim. p. 40.; ferner Paul. lib. 16. ad Sabin. (Dig. XLIX, 15, 19. pr. §. 3.): inter nos ac liberos populos regesque und in civitatem socium amicamve aut ad regem socium vel amicum venire; Cic. in Verr. III, 89, 207.: lugent omnes provinciae: queruntur omnes liberi populi: regna denique omnia — — expostulant; V, 65, 168.: iam omnes provincias, iam omnia regna, iam omnes liberas civitates; p. Balb. 5, 13.: o nationes, urbes, populi, reges! ibid. 6, 15.: conditionibus populorum, regum, exterarum nationum; p. Dejot. 5, 15.: omnes reges — — omnes liberos populos; de Off. II, 8, 26.: regum, populorum — — portus erat et refugium senatus; Suet. Vesp. 8.: sed et provinciae civitatesque liberae, nec non et regna; nicht minder Sallust. Iug. 31. reges et populos liberos, Plin. H. N. XXXVI, s. 24, 8.: gentes et regna, Liv. XXXIV, 57, 7.: civitates regesque, lex Servilia c. 19. regis populeive nomine; vergl. auch Kuhn, Beitr. z. Verf. d. röm. Reichs p. 89. not. 325. Daher erweist sich die Annahme, daß die Ausdrucksweise des Gallus insofern eine Tautologie enthalte, als unter den civitates peregrinae die reges nationesque bereits mit inbegriffen seien, insofern als falsch, als vielmehr reges nationesque die Königreiche, civitates peregrinae dagegen die Freistaaten bezeichnet, so daß beide Ausdrücke zusammen erst den Begriff der peregrinen souveränen Staaten einem sorgfältigen juristischen Sprachgebrauche gemäß repräsentiren; vergl. Thl. II. not. 268. und dazu auch Cic. de Offic. I, 11, 35.: civitates aut nationes. Dagegen ist populus in obiger Stelle, wie so häufig, in eminentem Sinne gebraucht und bezeichnet sonach den populus Romanus,[50] so daß als die Contrahenten über die recuperatio der populus Romanus einerseits, und die souveränen Staaten andrerseits: sowohl Königreiche (reges nationesque), wie Freistaaten (civitates peregrinae) gedacht werden.

Sodann ein zweiter Punkt betrifft die Frage, ob wir das

50) So auch E. Huschke in J. Huschke, Anal. litt. p. 211. und in Krit. Jahrb. I. p. 873. sq. und Müller zu Fest. l. c.; vergl. auch Thl. I. §. 51. p. 264. — Mit Rücksicht auf das oben Bemerkte ist daher auch bei Fest. s. v. oratores p. 182. zu ergänzen: ad reges nationesque et gentes, worauf auch Paul. Diac. s. v. p. 183. hinweist.

„per reciperatores reddantur res reciperenturque" und das „res privatas inter se persequantur" lediglich als verschiedenen Ausdruck für die nämliche Sache, oder als Ausdruck für eine sachlich verschiedene Beziehung zu fassen haben. Im letzteren Falle läge es nahe, der recuperatio eine Beziehung auf das völkerrechtliche Proceßverfahren zu geben, und insoweit unter den Recuperatoren auch ebensowohl Fetialen, wie Richter in einem völkerrechtlichen Austrägalverfahren zu verstehen. Die erstere Annahme findet sich in der That bei Collmann, de Roman. iudic. recup. comm. p. 28., bedarf aber keiner Widerlegung mehr, weil bereits Sell l. c. p. 72. sq. eine solche gegeben hat; die letztere Annahme findet sich bei Puchta Inst. I. §. 83., allein zu ihrer Widerlegung genügt die Bemerkung, daß wie vielfach immer von einem völkerrechtlichen Austrägalverfahren im Alterthume berichtet wird, doch niemals die Richter in solchem als recuperatores bezeichnet werden, ja daß überhaupt der Austrägalrichter stets nur eine gesammte civitas ist, welche dann durch eine ihrer Behörden das Richteramt ausübt, wobei dann mitunter einzelnen Magistraten wiederum Commission ertheilt wird; ja daß endlich, was die Definition des Aelius betrifft, dann, wenn derselbe zwei Institute von wesentlich verschiedener Beschaffenheit angeben wollte, er diese Verschiedenheit auch schärfer marquirt, nicht aber eine Verbindung durch que gewählt haben würde. Dahingegen erklärt sich die Wortfassung bei Aelius vollkommen genügend und auf das Natürlichste und Einfachste, sobald man die Vorliebe des Alterthumes für Nominaldefinitionen ins Auge faßt, und erwägt, wie nahe eine solche bezüglich des Begriffes recuperatores lag, daher auch die beiden Definitionen, welche Theoph. l. c. uns überliefert, in der That Nominaldefinitionen sind,[50]) ja selbst in dem Plebiscit. de Therm. v. 43. 44. diese Hinneigung sich offenbart in den Worten: magistratus — — recuperationes danto utei iei eos recuperare possint. Diesfalls aber wird evident, daß durch die Worte reddantur res reciperenturque die Nominaldefinition gewonnen, in den Worten res privatas inter se persequantur dagegen eine Realdefinition beigefügt wird.

Nicht minder verwerflich sodann ist, um dessen hier zu geden-

---

50) Die eine derselben s. oben; die anderere lautet: recuperatores, quia per eos mancipium naturalem libertatem recipiebat.

ken, die Etymologie, welche E. Huschke, in J. Huschke, Anal. litt. p. 215. und in Krit. Jahrb. I. p. 868. sq. aufstellt, indem er reciperare von re—cis—parare herleitet, was, wie bereits Sell, Recuperat. p. 35. sq. bemerkt, nicht allein ohne die erforderliche Analogie ist, sondern die Analogie sogar in directester Weise gegen sich hat.[50a]) Zwar könnten als unzureichende Analogien gelten Worte wie vulnerare, liberare, verberare, remunerare, iterare, weil hierbei nicht allein sich zweifeln läßt, ob als Suffix are oder erare zu gelten habe, sondern sogar für das Erstere Wortbildungen sprechen wie nomin—are (nominis), fraud—are (fraudis), celebr—are (celebris), corrobor—are (roboris); allein eine vollständige Analogie bieten blatere (wegen dessen vergl. Peter in Rhein. Mus. N. F. III. 1845. p. 104. not. 10) —blaterare, genere — generare, tulere — tolerare, assare — inasserare, da hier genau die gleiche Formation vorliegt, wie bei recipere — reciperare.[51])

Vergegenwärtigen wir uns nun schließlich, daß in der obigen Definition des Gallus lex im Sinne von foedus, die recuperatio selbst aber als dessen Folgewirkung aufzufassen ist, so haben wir in der Letzteren das zwischen zwei Völkern statthabende Verhältniß anzuerkennen, welches durch Staatsvertrag über Gewährung des Rechtsschutzes privatrechtlicher Ansprüche je an die Bürger der anderen civitas begründet wird, demgemäß wir die Definition des Aelius Gallus ungefähr dahin berichtigen dürfen: recuperatio est

50a) Ritschl. in Rhein. Mus. N. F. VIII. 1853. p. 451. not. 1. bemerkt, daß reciperare älter sei, als recuperare, und daß darum auch Huschke's Herleitung aus re-cis-parare richtig sei. Ich kann dem gegenüber nur bekennen, daß ich in keiner Weise die Schlüssigkeit des Argumentes anzuerkennen vermag: weil reciperare die ältere Form ist, ist Huschkes Etymologie die wahre; und ebenso bezweifele ich die Richtigkeit der Prämisse, daß reciperare die ältere Form sei; wenigstens finde ich keine Spur, daß z. B. das interdictum recuperandae possessionis erst aus einem interd. reciperandae poss. geworden sei. — Dagegen Peter in Rhein.Mus. N. F. III. 1845. p. 114. führt recuperare auf ein adjectivisches Stammwort recuper zurück, wofür ich ebensowenig eine Berechtigung zu entdecken vermag, wie für die Etymologieen, die ebendas. p. 124. aufgestellt werden.

51) Vergl. auch Sell, l. c. p. 42. sq. Müller zu Fest. l. c. Suppl. p. 401. Rein, Privatrt und Civilpr. d. Röm. p. 874. not. 1. Auch bezüglich dieser Bildungsformen läßt sich zweifeln, ob der Suffix are lautet, somit also an die Infinitivform angefügt ist, oder erare und dann unmittelbar zu dem Stamme hinzutritt. Allein inasserare weist auf das Letztere hin.

conditio inter populum et reges nationesque et civitates peregrinas lege constituta, quomodo etc. Wenn nun aber die privaten Ansprüche selbst, denen jener Rechtsschutz zu Theil ward, selbstverständlich civilrechtlich waren, da der Schutz des ius gentium weder eines foedus bedurfte, noch auch auf solchem beruhte, so können wir nun die recuperatio definiren als:

Inbegriff der Wirkungen, welche die wechselseitige vertragsmäßige Gewähr des Rechtsschutzes für privatrechtliche civile Ansprüche der Bürger je der anderen civitas zwischen zwei Völkern hervorbringt.

Diese Definition, welche wir in §. XXVIII. durch Erörterung der Beschaffenheit des zu gewährenden Rechtsschutzes noch genauer bestimmen werden, offenbart uns zugleich die ursprüngliche und wichtigste technische Bedeutung der recuperatio, neben der jedoch eine zweite juristische Bedeutung gegeben wird durch das plebiscit. de Therm. v. 39. 40. (Göttling, 15. röm. Urk. p. 12. sq.):

de ea re ious deicunto iudicia recuperationes danto,

indem hier recuperatio den nämlichen Sinn hat, wie iudicium recuperatorium (so z. B. bei Cic. de Inv. II, 20, 60.).

## §. XXIII.

Die Begriffsbestimmung von recuperatio, welche wir in §. XXII. nach Maaßgabe der Definition des Aelius Gallus feststellten und welche allein wir fernerhin in Betracht ziehen, findet weitere Unterstützung nicht bloß durch den Umstand, daß, wie wir wissen, recuperator die Bezeichnung für Richter in gewissen Proceßstreitigkeiten war, sondern auch durch andere Momente, namentlich aber durch zwei Stellen, welche sich bieten bei Proculus lib. 8. Epist. (Dig. XLIX, 15, 7. pr. §. 3.):

Non dubito, quin foederati et liberi nobis externi non sint, neque inter nos atque eos postliminium sit; etenim quid inter nos atque eos postliminio opus est, quum et illi apud nos et libertatem suam et dominium rerum suarum aeque atque apud se retineant, et eadem nobis apud eos contingant? — — — At fiunt apud nos rei ex civitatibus foederatis et in eos damnatos animadvertinuus;

sowie Paul. lib. 16. ad Sabin. (Dig. eod. 19. §. 4.):

Si in civitatem sociam amicamve aut ad regem socium vel

amicum venerit (sc. captivus), statim postliminio redisse videtur, quia ibi primum nomine publico tutus esse incipiat.

Beide Stellen handeln ex professo von dem postliminium und stellen hier die Sätze auf: das postliminium greift, was das Verweilen in einem Staate betrifft, nicht Platz dann, wenn der civis Romanus nicht bei einem externus, sondern bei einem foederatus populus verweilte; dagegen greift dasselbe, was die Rückkehr aus dem fremden Staate betrifft, bereits dann Platz, wenn der civis Romanus aus dem Territorium des externus populus in das des foederatus übertritt. Den bestimmenden Grund dieser Entscheidung bildet der Umstand, daß bei dem foederatus populus und dem socius insbesondere der civis Rechtsschutz genießt, und indem wir nun aus der Characterisirung dieses Rechtsschutzes bei Proculus erkennen, daß unter demselben auch die recuperatio mit inbegriffen ist, so gewinnen wir nun hieraus den Satz: daß recuperatio und postliminium sich gegenseitig ausschließen, und in dieser Weise auch wiederum gegenseitig sich ergänzen. Und während das postliminium dann Platz griff, wenn der civis von einem populus externus zurückkehrte, bei welchem ihm der Rechtsschutz versagt war (s. Thl. II. §. 9. 10. und Beil. XI. §. VIII. fin.), so fiel solches weg für die Beziehungen zum populus socius, weil hier bereits die recuperatio ausreichenden Schutz gewährte und die nur subsidiäre Hülfe des postliminium überflüssig erscheinen ließ.

Als Folgewirkung des foedus societatis causa wird daher von Paulus anerkannt, daß der civis Romanus in dem föderirten Staate nomine publico tutus ist, von Proculus aber, daß er ebensowohl rechtlichen Schutz an Person und Gut genießt, gleich dem civis selbst des föderirten Staates, als auch fähig ist als Proceßpartei[52]) in den Gerichten der Föderirten aufzutreten und insbesondere auch die Execution des Urtheils gegen sich selbst zu erfahren. Genau das nämliche Verhältniß aber ist es, welches Aelius Gallus in seiner Definition von der recuperatio uns vorführt, nur daß, während Proculus die Stellung des Peregrinen als Proceßpartei im Allgemeinen, wie als condemnirten Beklagten insbesondere ins Auge faßt, Gallus die active Seite des Verhält-

52) Reus ist Proceßpartei; s. XII tab. II, 2. Dirks., Aelius Gall. lib. 2. de Sign. Verb. und Sinnius bei Fest. s. v. p. 273. 289. Cic. Orat. II, 79, 321.

nisses mehr hervorhebt, indem er die Fähigkeit des Peregrinen zur Klagerhebung bemerklich macht in den Worten: quomodo per reciperatores reddantur res reciperenturque resque privatas inter se persequantur.

Können wir daher in dem Verhältnisse zwischen populi foederati, wie solches die Worte des Proculus schildern, die Züge der recuperatio erkennen, so wird diese Wahrnehmung auch bestätigt ebensowohl dadurch, daß wir bereits in dem ältesten römischen Rechtsleben einem status condictusve dies cum hoste begegnen, worunter wir füglicher Weise nur Proceßtermine im Recuperationsprocesse mit Peregrinen verstehen können (Thl. II. §. 28.), wie auch dadurch, daß in der That verschiedene foedera Roms mit fremden civitates uns bekannt sind, in denen der civilproceßualische Rechtsschutz für den civis des föderirten Volkes entweder ausdrücklich, wie im foedus Latinum von 261 und im foedus Carthaginiense von 406, oder implicite, wie im foedus Carthaginiense von 245 (Thl. II. §. 25.) zugesichert wird. Ja auch Liv. XXXV, 7. dürfen wir hierher ziehen, wo Bürger föderirter Staaten wider cives Romani zu Rom die condictio certae pecuniae anstellen (unten §. XXXI), und Plaut. Bacch. II, 3, 36. sq., wo, unter bekannter Uebertragung römischer Verhältnisse auf das hellenische Ausland, eine Schuldklage vor Recuperatoren, von einem Athenienser gegen einen Epheser zu Ephesus angestellt, erwähnt wird, wie denn auch Fest. s. v. municipium p. 127. hier in Betracht kommt, insofern die Rechtsgemeinschaft, die dem zu Rom verweilenden Föderirten dort zuerkannt wird, auch den proceßualischen Schutz mit inbegreift (Thl. II. §. 27.). Eine Angabe endlich dessen, was bei den Römern den Inhalt der recuperatio bildete, dürfen wir erblicken in den Worten von Liv. XLI, 24, 16.: commercium iuris praebendi repetendique, und XXXIX, 26, 14.: de iniuriis, quomodo inter eas gentes et Macedones disceptetur, formulam iuris exequendi constituendam esse, sowie im Friedensvertrage zwischen Rom und Antiochus von Syrien: quae pecuniae debentur, earum exactio esto und quid ablatum est, id conquirendi, cognoscendi, repetendique ius esto, worüber vergl. Thl. II. §. 76.

Bestätigen nun aber alle diese Momente die obige Definition des Aelius Gallus über die recuperatio, wie unsere eigene Auffassung von derselben, so erkennen wir auch, daß die recuperatio,

sobald wir dieselbe dem conubium und commercium vergleichend gegenüberstellen, denjenigen Bedeutungen der letzteren Beiden entspricht, welche wir in §. VI. unter 2. und §. VII. unter 2. feststellten. Und gleichwie die recuperatio als Inbegriff der Wirkungen sich darstellt, welche für zwei Völker aus der wechselseitigen Gewähr des Rechtsschutzes für privat-civilrechtliche Ansprüche je an die Bürger der anderen civitas hervorgehen, so erschienen conubium und commercium als Inbegriff der Wirkungen, welche für zwei Völker aus der wechselseitigen Gewähr der Rechtsfähigkeit in Bezug auf das die Ehe und den Vermögensverkehr betreffende Rechtsgeschäft je an die Bürger der anderen civitas hervorgehen.

Gleichwie daher dem conubium und commercium in dem hier fraglichen Sinne ein conubium und commercium in dem für uns im Allgemeinen maaßgebenden Sinne entspricht, eine Rechtsfähigkeit der Person nämlich, welche den Gegenstand der staatsrechtlichen Vereinbarung bildet, aus welcher jene Wirkungen hervorgehen, so müssen die Römer nun auch einen Begriff gekannt haben, der das Object des Vertrages bezeichnete, auf dem die recuperatio beruht: den Begriff der Rechtsfähigkeit der Person in Bezug auf den Rechtsschutz, dessen gegenseitige Gewähr an den Bürger des verbündeten Staates die recuperatio erzeugt. Dieser Begriff selbst aber, den wir in dieser Weise a priori statuiren müssen, kann möglicher Weise seinen Ausdruck gefunden haben in der gleichlautenden Bezeichnung recuperatio; wahrscheinlicher Weise aber hat er seine sprachliche Vertretung lediglich in dem Ausdrucke actio gehabt.

Daß aber und in welchem Sinne Letzteres geschah, ist Gegenstand der Erörterung der nächstfolgenden Paragraphen, die die Darlegung des Begriffes der actio zu ihrer Aufgabe haben.

## §. XXIV.

Zur Feststellung des antiken Begriffes von actio übergehend, fassen wir zunächst das Wesen der einschlagenden Verhältnisse vom modernen Gesichtspunkte aus ins Auge.

Das Gesetz hält im Allgemeinen seine Dispositionen mit zwingender Gewalt aufrecht. Unter den mehreren Mitteln, die es für diesen Zweck anwendet, hat indeß von unserem Standpunkte aus ein besonderes Interesse nur die Klage, für welche der Civil-

proceß daß Mittel der Realisirung bietet, wobei es im Uebrigen gleichgültig für uns ist, ob solches Rechtsmittel äußerlich eine aggressive oder defensive Stellung einnimmt. Diese Verwirklichung selbst im Civilprocesse erfolgt aber durch gewisse äußere Acte, welche man als Klagverfahren bezeichnen kann. Indem daher das Letztere den Inbegriff derjenigen proceßualischen Acte bildet, durch welche der Klaganspruch realisirt wird, so umfaßt es hiermit Alles das, was die Proceßlehrer als Verfahren bezeichnen mit allen darunter fallenden Acten und sonstigen Bestandtheilen, als Klaganbringen in Form eines Libelles oder einer Imploration, Litiscontestation, Exception, Beweis u. dergl.

Jene Klage selbst aber, oder der Klaganspruch, hat wiederum zwei Voraussetzungen: ein Recht, welches der Verletzung sich darbot, und eine Verletzung, welche in das Recht eingriff. Diese Rechtsverletzung verhält sich zur Klage, wie deren thatsächliche Veranlassung und deren juristische Ursache; das Recht selbst dagegen verhält sich zur Klage wie deren juristischer Grund, daher auch dasselbe in dieser seiner Beziehung zur Klage von den Proceßlehrern treffend als Rechtsgrund bezeichnet wird.[53]) Ist daher diese Auffassung richtig, wie sie es in der That auch ist, so verhält sich die Klage ihrerseits zum Rechte als deren juristische Folge, während sie zur Rechtsverletzung als deren juristische Wirkung sich verhält. Weil daher die Klage ebensowohl jurist. Folge des Rechtes, wie zugleich auch jurist. Wirkung der Rechtsverletzung ist, so ist die wirkliche Entstehung derselben in Wahrheit durch das Vorhandensein von Recht und Rechtsverletzung gleichmäßig bedingt. Sobald man daher die Klage lediglich in ihrem Nexus als Folge, d. h. also lediglich in ihrem Verhältnisse zum Rechte ins Auge faßt, dagegen von deren Nexus als Wirkung der Verletzung absieht, so erscheint nun die Klage als eine nicht kategorische, sondern lediglich hypothetische Folge des Rechtes. Von diesem Gesichtspunkte aus ist also die Klage eine hypothetische Folge des Rechtes.

Diese hypothetische Folge des Rechtes, der Klaganspruch verhält sich nun andrerseits wiederum zu dem proceßualischen Klagverfahren wie das Potentielle zu dem Actuellen: denn der Klaganspruch ist an sich nur Befugniß und trägt nur den Beruf in sich,

---

53) Vergl. z. B. Bayer, ordentl. gem. Civilpr. 7. Aufl. p. 233. 291.

im Wege des Civilprocesses verwirklicht zu werden, während diese Verwirklichung selbst und die Ausübung jener Befugniß als Klagverfahren sich darstellt. Fassen wir daher Klaganspruch und Klagverfahren in ihrem beiderseitigen Verhältnisse zu ihrem juristischen Grunde, dem Rechte ins Auge, so erscheint der Klaganspruch als potentielle hypothetische Folge des Rechtes, dagegen das Klagverfahren als actuelle hypothetische Folge des Rechtes. Den Klaganspruch aber pflegt unsere Wissenschaft als Klage im materiellen Sinne, das Klagverfahren dagegen als Klage im formellen Sinne zu bezeichnen.[54])

Betrachten wir sodann die Klage im materiellen Sinne in ihrer Beziehung zu ihrem Träger, so erscheint sie als eine Befugniß, die man Klagrecht nennt, und die sich zu der Klage im formellen Sinne in der gleichen Weise verhält, wie das Recht zu der Ausübung seiner selbst. Daher entspricht auch der Klage im formellen Sinne keine Befugniß, die nicht bereits in jenem Klagrechte mit enthalten wäre.

Mit Feststellung des Wesens von Klage und Klagrecht ist nun der Kreis der einschlagenden Begriffe durchmessen, mit denen unsere Wissenschaft sich zu beschäftigen pflegt. Nicht aber genügt dies den Anforderungen der Geschichte. Denn bei der Herrschaft des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes zu Rom erscheint es als folgemäßig bedingt, daß die Römer auch vor das Klagrecht noch eine besondere Fähigkeit zu solchem stellten. Zwar haben wir in dieser Beziehung anzuerkennen, daß, weil die Klage lediglich als Folge zu dem entsprechenden Rechte sich verhält, auch die Fähigkeit zum Erwerbe des Klagrechtes ohne alle wahre Selbst-

54) Die eclatantesten Irrthümer, welche mit obigen Bezeichnungen sich verbinden, haben die vorstehende Erörterung veranlaßt. Ein Beispiel möge genügen: Puchta Instit. §. 208., und ähnlich §. 29., wie Pandecten §. 81. definirt: „Klage im formellen Sinne ist eine proceßualische Handlung, im materiellen die Möglichkeit derselben." Allein Klage im formellen Sinne ist ihrem Gattungsmerkmale nach nicht eine Handlung, sondern ein Rechtsmittel, welches i. w. S. eine Mehrheit proceßualischer Handlungen (Klagverfahren), im e. S. eine einzelne proceßualische Handlung (Klaganbringen) umfaßt. Sodann Klage im materiellen Sinne ist zwar eine mögliche Folge, aber nicht eine Möglichkeit, und zwar mögliche Folge des Rechtes, nicht aber Möglichkeit der Klage im formellen Sinne; vielmehr verhält sie sich zur Letzteren nicht als deren Möglichkeit, sondern als deren potentielle Beziehung.

ständigkeit ist neben der Rechtsfähigkeit i. e. S., vielmehr vollkommen abhängig von dieser erscheint. Allein sobald die von uns in §. IV. gemachte Bemerkung richtig ist, daß die Römer die Rechte vornämlich in und durch die ihnen entsprechenden Klagen auffaßten und somit gewissermaaßen die Rechte als Klagen sich dachten, so mußte die Fähigkeit zum Erwerbe des Klagrechtes in der That in der nämlichen Weise zu einer selbstständigen juristischen Bedeutung sich erheben, wie dies bezüglich der Klage gegenüber dem Rechte der Fall war, dessen reine Folge dieselbe an und für sich bildet. Daher mußte unter der gegebenen Voraussetzung der Begriff der Klagfähigkeit an die Stelle der Rechtsfähigkeit i. e. S. treten und die nämliche practische, wie theoretische Wichtigkeit erlangen, welche a priori der Letzteren zukömmt. In dieser Beziehung aber haben wir zu unterscheiden die Fähigkeit zum Erwerbe des Klagrechtes und die Fähigkeit zur Anstellung des Klagverfahrens; denn Beide erscheinen, wie bei uns, so auch bei den Römern juristisch selbstständig, indem z. B. der infans civis Romanus wohl die Erstere nicht aber die Letztere hat.

Nach Alle dem nun können wir folgende Begriffsbestimmungen feststellen:

1. Klage im civilproceßualischen oder formellen Sinne oder Klagverfahren, Proceßverfahren ist ein Rechtsmittel, (als Inbegriff von Acten gedacht), durch welches im Wege des Civilprocesses die Aufhebung einer beschehenen oder die Verhütung einer drohenden Rechtsverletzung angestrebt wird. Diesem Begriffe ordnet sich unter die Klage i. e. S. oder das Klaganbringen, als derjenige civilproceßualische Act, durch welchen in aggressiver Weise jenes Ziel verfolgt wird.

2. Klage im civilrechtlichen oder materiellen Sinne oder Klaganspruch ist ein Rechtsmittel, (als Inbegriff von Wirkungen einer beschehenen oder drohenden Verletzung, oder als Inbegriff von potentiellen hypothetischen Folgen eines Rechtes gedacht,) welches zum Zwecke der Aufhebung oder Verhütung der Rechtsverletzung im Wege des Civilprocesses gegeben ist. Diesem Begriffe ordnet sich unter die Klage i. e. S., als diejenige jener Wirkungen, welche in aggressiver Weise jenem Zwecke zu dienen bestimmt ist.

3. Klagrecht des Subjectes ist der Inbegriff derjenigen Befugnisse, welche einem Subjecte zum Zwecke der Aufhebung oder

Verhütung der Rechtsverletzung im Wege des Civilprocesses zukommen.

4. Klagfähigkeit der Person ist theils

a. Proceßfähigkeit oder legitima persona standi in iudicio, d. i. Fähigkeit zur Vornahme der Klage im civilproceßualischen Sinne; theils

b. Fähigkeit zum Erwerbe der Klage im civilrechtlichen Sinne, oder richtiger zum Erwerbe des Klagrechtes; vgl. §. IV. bei not. 4.

Beide Begriffe unter a. und b. kommen zur Anwendung als Bezeichnung sowohl einer abstracten, wie einer concreten Fähigkeit. Die abstracte Fähigkeit fehlt ad a., wie ad b. dem Sclaven, die concrete Proceßfähigkeit allein fehlt dem pupillus, die concrete Fähigkeit ad b. dagegen in frühester Zeit dem filiusfamilias.

## §. XXV.

Wenden wir uns nun mit Rücksicht auf die in §. XXIV. festgestellten Begriffe[55]) der actio der Römer zu, so bemerken wir zunächst, daß die Letzteren in der nämlichen Weise wie wir das rein aggressive, wie das indistincte Rechtsmittel jener Bezeichnung unterordnen, wie sich dies aus einer Vergleichung von Ulp. lib. 4. ad Edict. (Dig. XLIV, 1, 1.) und lib. 70. eod. (Dig. XLIII, 18, 1. §. 4.) mit Paul. lib. 3. ad Edict. (Dig. L, 16, 8. §. 1.), Modestin. lib. 7. Reg. (Dig. XLI, 1, 52.) und Ulp. lib. 59. ad Edict. (Dig. XLII, 4, 7. §. 14.) zur Genüge ergiebt.

Gleichmäßig vermögen wir aber auch hinter dem Ausdrucke actio die nämlichen Bedeutungen zu scheiden, welche wir in §. XXIV unter 1—4. feststellten. So läßt sich z. B. die Klage im formellen und im materiellen Sinne scheiden in den Bezeichnungen: actio in aequum et bonum concepta, fictitia, in factum concepta einerseits, und actio civilis, honoraria andrerseits, sowie in den Ausdrücken actionem postulare, dare, tribuere, edere, instituere einerseits, und actio nascitur, oritur, perimitur, extinguitur andrerseits, während wiederum bei anderen Bezeichnungen, wie actio in rem, in personam, negatoria in rem von Vorn herein der proceßualische

---

55) Daher bleiben mehrfache Bedeutungen von actio im Obigen unberücksichtigt, so die Bedeutungen, welche durch die Gegensätze von petitio, persecutio, accusatio, interdictum sich ergeben.

Sinn des Ausdruckes maaßgebend war, im Laufe der Zeit aber von dem materiellen Sinne verdrängt wurde.[56])

Sodann die Bedeutung von Klagrecht erkennen wir namentlich in den Ausdrücken: actionem habere, exercere, actio competit u. dergl., in der Gesetzesformel: eius rei causa qui volet ex hac lege actio esto, so in der lex colleg. fontan. v. 12. oder eiinsque pecuniae — — qui volet cuique per h(anc) l(egem) licebit actio petitio persecutio esto in der lex mun. Mal. 67., ingleichen in der stipulatio Aquiliana (s. l. 18. §. 1. D. de accept. 46, 4. u. d.): quarumque rerum mihi tecum actio — est, sowie in nachstehenden Quellenstellen: Pomponius lib. 28. ad Qu. Mucium (Dig. L, 17, 204.):

Minus est actionem habere, quam rem;

Gaius lib. 4. ad Ed. prov. (Dig. IV, 3, 6.):

Is nullam videtur actionem habere.

Ulpianus lib. 9. ad l. Iul. et Pap. (Dig. L, 16, 143.):

Id apud se quis habere videtur, de quo habet actionem;

Paulus lib. 7. ad Edict. (Dig. L, 16, 14, §. 1.):

Rem amisisse videtur, qui adversus nullum eius persequendae actionem habet;

Modestinus lib. 7. Regul. (Dig. XLI, 1, 52.):

Rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties — — amittentes ad recuperandam eam actionem habemus.

Namentlich aber ist es Celsus, welcher lib. 3. Dig. (Dig. XLIV, 7, 1.):

Nihil aliud est actio, quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi,

die actio geradezu als Klagrecht definirt.

Synonym mit diesem Begriffe von actio sind die Ausdrücke: ius actionis bei Celsus lib. 20. Dig. (Dig. XXXIII, 4, 1. §. 9.), agendi facultas bei Ulp. lib. 3. fideicom. (Dig. XXXVI, 1, 1. §. 4.) und Gai. lib. 8. ad Ed. prov. (Dig. XIII, 4, 1.), sowie conveniendi iudicio facultas bei Iulian. lib. 3. Dig. (Dig. III, 5, 6. §. 5.).

Endlich in der Bedeutung von Klagfähigkeit der Person

56) Vergl. Brisson de V. S. s. v. Für actio im proceßualischen Sinne findet sich auch die besondere Bezeichnung formula oder forma agendi; vgl. Böcking, Inst. §. 131. not. 8. Savigny, System §. 205., sowie auch die Interprett. zu Liv. XXVI, 24, 6. XXXVIII, 9, 10.

kommt zwar der Ausdruck actio in unseren Quellen nicht unmittelbar vor, wohl aber mittelbar und in der Weise, daß actio im Sinne von Klage als Repräsentant jenes Begriffes eintritt, so bei Gai. lib. 1. ad Ed. prov. (Dig. L, 17, 107.):

Cum servo nulla actio est;[57])

Paul. lib. 11. ad Edict. (Dig. IV, 5, 7. §. 2.):

Si libertate ademta capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia nec Praetoria iurisdictione servus ita obligatur, ut cum eo actio sit;

lib. 9. ad Sabin. (Dig. XLIV, 7, 9.):

Filiusfamilias suo nomine nullam actionem habet.

Synonym erscheinen hier die Ausdrücke: conveniri vel convenire posse bei Iulian. lib. 55. Dig. (Dig. II, 11, 13.), in iudicio interesse posse bei Gordian. in C. Iust. III, 1, 6., consistere nullum posse iudicium bei Dioclet. et Maxim. in C. eod. 7., sowie persona quae in ius vocari potest bei Pedius in Ulp. lib. 5. ad Ed. (Dig. II, 7, 3. pr.), und legitima persona standi in iudicio (s. oben §. IV. not. 4.).

## §. XXVI.

Gegenüber der von uns dargelegten Manichfaltigkeit der Begriffe, welche hinter dem Ausdrucke actio sich vorfindet, führt nun einestheils eine Beobachtung der in den Quellen in reichster Maaße sich darbietenden Ausdrucksformen und der dahinter sich bergenden Anschauungsweise, wie anderntheils das Gesetz der sprachlichen Bildung des Wortes actio selbst zu der Annahme hin, daß auch bezüglich jener verschiedenen Begriffe entsprechend dem in §. IV. u. V. hervorgehobenen psychologischen Gesetze eine successive Entwickelung stattgefunden habe, eine Annahme, welche namentlich bestätigt wird durch anderweite gleichartige Erscheinungsformen, auf welche wir in §. XXX. XXXI. zurückkommen werden. Drei Punkte aber sind es vornämlich, in denen wir eine derartige successive Begriffsbildung vorzunehmen haben: zuerst darin, daß die Römer von Vorn herein die durch die Zuständigkeit der actio

---

57) Aehnlich sagt Gai. Instit. III, 179.: cum servo agi non potest, wo allerdings das agere auf das solenne Rechtsgeschäft, nicht auf die Klage bezieht; vergl. jedoch §. XXVII.

gegebene Berechtigung des Subjectes nicht als Inbegriff derjenigen Befugnisse auffaßten, welche das Innehaben der actio gewährt, sondern ganz unmittelbar als Innehaben der actio selbst. Diese Thatsache, welche wir bereits in §. V. unter B. 1. bemerkten, findet ihre Bestätigung in den ganz analogen Erscheinungen, daß dem Berechtigten in gleicher Weise nicht ein ius hereditatis, dominii, servitutis, eundi, utendi fruendi, pignoris, obligationis u. dergl. sondern eine hereditas, dominium, servitus, iter, ususfructus, pignus, obligatio beigelegt ward. Denn allenthalben offenbart sich hier die nämliche Erscheinung, daß die Berechtigung der Person nicht als Innehaben der auf ein gegebenes Lebensverhältniß bezüglichen, durch das Gesetz attribuirten Befugnisse, sondern ganz unmittelbar als Innehaben des Lebens- und Rechtsverhältnisses selbst aufgefaßt wurde. Erst einer späteren Zeit blieb es vorbehalten, zu erkennen, daß die Beziehung des Rechtssubjectes zu dem Rechtsinstitute nicht in einem Innehaben des Letzteren, als vielmehr in einem Innehaben jener Befugnisse bestand, die das Gesetz nach der einen Seite hin attribuirt, indem es ein Lebensverhältniß regelte. Mit dieser Erkenntniß aber schieden sich in der actio die Begriffe der Klage, als des Rechtsinstitutes, und des Klagerechtes, als der diesem Institute entsprechenden Befugnisse des Subjectes, und es gab sich diese Erkenntniß ihren Ausdruck theils in der angeführten Definition des Celsus, theils in dem von dem Nämlichen gewählten Ausdrucke ius actionis. Allein immerhin sehen wir, wie in der Ausdrucksform auch der Kaiserzeit die alte Anschauungsweise noch durchschimmert, was die in §. XXV. beispielsweise mitgetheilten Belegstellen genügend erkennen lassen.

Sodann haben wir als ähnliche Erscheinung anzuerkennen, daß die Römer die Rechtsfähigkeit nicht in der Weise an den Begriff der actio anknüpften, daß sie jene als Fähigkeit der Person zur Theilnahme an den die actio betreffenden Satzungen und Instituten, sondern als directe und unvermittelte Theilnahme an der actio selbst auffaßten, so daß demnach die Zuständigkeit der actio an die Stelle der Fähigkeit tritt, welche in der Theilnahme an den Rechtssatzungen über die actio besteht. Diese Erscheinung, welche wir bereits in §. V. unter A. 2. hervorhoben, erscheint vollkommen parallel und auf das Genaueste entsprechend der Wahrnehmung, die wir in §. XXX. bezüglich des conubium und com-

mercium, wie ähnlich auch bezüglich der testamentifactio zu machen haben und welche auch bezüglich des suffragium, der honores u. a. m. sich uns darbieten. Ebenso bestätigt die Ausdrucksweise der Quellen, wofür wir in §. XXV. Beispiele gegeben, die Richtigkeit unserer Bemerkung, weil hinter dieser Sprachform die von Alters herrschende Vorstellungsweise noch deutlich erkennbar ist.

Endlich der dritte Punkt betrifft das Verhältniß zwischen der actio im civilproceßualischen und civilrechtlichen Sinne, wo ebenfalls der Sprachgebrauch unserer Quellen einen sicheren Fingerzeig für die Anschauungsweise des früheren römischen Alterthumes giebt, und die historischen Verhältnisse selbst den richtigen Standpunkt uns andeuten. Denn fassen wir die früheste Periode des römischen Rechtslebens bis zur Entstehung des ius gentium ins Auge, so finden wir zwar, wie die actio in ihrem objectiven Auftreten insofern eine allenthalben gleichmäßige Gestaltung nicht behauptete, als bei deren Uebertragung auf den Peregrinen die actio im civilproceßualischen Sinne in dem Recuperatorenprocesse eine völlig andere Gestaltung als beim Processe zwischen röm. Bürgern gewann (Thl. II. §. 28. sq.), die actio im civilrechtlichen Sinne dagegen als die nämliche den Peregrinen, wie röm. Bürgern zustand; allein in ihrer Beziehung auf das Subject gingen die Erstere, wie die Letztere insofern genau Hand in Hand mit einander, als wie der civis in Folge seiner Civität, so der Peregrine auf Grund der Vereinbarung über die recuperatio, die actio im civilrechtlichen, wie -proceßrechtlichen Sinne hatte, ohne daß eine thatsächliche Trennung der unter der actio sich bergenden doppelten sachlichen Beziehung stattgefunden hätte. Da nun aber in Folge des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes gerade die Beziehung des Rechtes zur Person die Anschauung des Alterthumes bei Betrachtung der Rechtsinstitute wesentlich bestimmte, so mußte bei der gleichmäßigen subjectiven Beziehung der actio im civilproceßualischen und im civilrechtlichen Sinne eine scharfe Scheidung beider Begriffe dem Bewußtsein sich entziehen und die actio indistinct beide Begriffe umfassen.

Jene Gleichmäßigkeit der subjectiven Beziehung der actio im civilproceßualischen, wie im civilrechtlichen Sinne erlitt jedoch eine wesentliche Veränderung nach der lex Aebutia dadurch, daß nunmehr die actio civilis im civilrechtlichen Sinne in dem Formu-

larprocesse auch die Form der actio iuris gentium annehmen konnte, so daß nunmehr die civile actio im civilrechtlichen oder materiellen Sinne ebensowohl der Proceßform des ius gentium wie der civilen Proceßform empfänglich war, während die actio iuris gentium im materiellen Sinne an die Proceßform des ius gentium gebunden war. Hiermit also hörte die abstracte innere Verbindung zwischen der actio im civilrechtlichen und civilproceßualischen Sinne auf und diese Thatsache führte dazu, daß man nunmehr diesen doppelten Begriff in der actio schied und den Ausdruck formula und forma agendi als besondere Bezeichnung für die Klage im proceßualischen Sinne annahm (not. 56.). Allein daß wir trotz dem in den Quellen zahlreiche Ausdrucksformen vorfinden, in denen actio als Klage im proceßualischen Sinne aufgefaßt ist, dies beweist unseres Erachtens zur Genüge, daß der Zeitpunkt, wo das Denken jenen doppelten Begriff der actio schied, erst einem späteren Zeitalter angehörte, von Vorn herein dagegen beide Beziehungen der Klage indistinct unter dem Ausdrucke actio zusammenfielen.

Alle die hervorgehobenen Erscheinungen dürfen wir aber in dem Gesammturtheile zusammenfassen, daß das Jugendalter Roms den Ausdruck actio als Repräsentanten der in §. XXX. unter 1—4. angegebenen Begriffe anwendete, ohne des Verschiedenseins dieser Begriffe selbst sich klar bewußt zu werden und zu einer deutlichen Abgränzung derselben im Denken zu gelangen. Vielmehr schied man einestheils noch nicht die mehrfachen Beziehungen der actio (die civilproceßualische und civilrechtliche), während man anderntheils diejenigen Beziehungen, für welche wir selbst je einen besonderen Begriff uns gebildet haben (Klagrecht, Klagfähigkeit) an den Begriff der actio (Klage) im Denken anknüpfte, somit aber diese Beziehungen in einer anderen Weise erschaute und dachte, als wir, und eine andere Vorstellung an die Stelle derjenigen setzte, in welcher im modernen Leben jene besonderen Begriffe herrschen. Diese Eigenthümlichkeit des römischen Denkens haben wir aber um so mehr auf eine Auffassungsweise des gesammten röm. Volkes zurückzuführen, als dieselbe, wie bemerkt, selbst in den Quellen der Kaiserzeit noch zu Tage tritt, indem auch hier das Wort actio noch in einer Ausdrucksform erscheint, welche es zweifelhaft läßt, ob im einzelnen Falle jener Ausdruck die Begriffe der Proceß- und Klagfähigkeit, wie des Klagrechtes unmittelbar oder nur mittelbar ver-

tritt und sonach als der wirkliche Körper des Begriffes oder lediglich als dessen Stellvertreter anzusehen ist.

Ist aber diese Wahrnehmung richtig, daß es hierbei allenthalben um eine national-typische Eigenthümlichkeit des Denkens sich handelt, so haben wir auch dieselbe ebensowohl mit Recht auf ein psychologisches Gesetz zurückzuführen, wie wir in §. V. thaten, als auch darauf uns vorzubereiten, auch in anderen Beziehungen geistiger Anschauung der nämlichen Eigenthümlichkeit, sowie verwandten und aus gleichem allgemeinen Gesetze herfließenden Erscheinungen zu begegnen, wie wir solches in §. V. bereits andeuteten und in §. XXX. XXXI. näher begründen werden.

## §. XXVII.

Die bisherige Erörterung führte uns darauf hin, den Ausdruck actio ganz wesentlich unter die Herrschaft des Begriffes der Klage zu stellen. Allein auch diese Bedeutung haben wir erst als das Product einer verhältnißmäßig späteren Zeitperiode anzusehen, indem der älteste Begriff von actio in deren Gegensatze zum ius, sowie in der Prädicirung als legis actio sich uns offenbart. Jenen anderen Begriff hat bereits Leist, Gesch. d. röm. Rechtssysteme §. 2. in ansprechender Weise festgestellt und begründet, daher nur wenig Worte zur weiteren Darlegung erforderlich sind.

In den Rechten aller Nationen finden wir die Erscheinung, daß gewisse Rechtsacte auf bestimmte Formen angewiesen sind in der Weise, daß die Beobachtung der Letzteren die juristische Gültigkeit und Wirksamkeit von Jenen bedingt. Derartige Formen können wir juristische Formen im Gegensatze zu der natürlichen Form der Willenserklärung nennen, weil Jene in der That nicht allein auf den Requisiten beruhen, welche durch die Nothwendigkeit der Erkennbarkeit der Willenserklärung in Folge der Organisation der menschlichen Natur von selbst gegeben sind, sondern gesetzlich ein für allemal vorgezeichnet werden. Wenn daher auch das älteste römische Recht derartige juristische Formen der Rechtsacte kannte, so ist dies zwar eine Erscheinung, die an sich nichts Bemerkenswerthes bietet, die jedoch als höchst besondere sich darstellt theils in Folge der vielfältigen und ausgedehnten Anwendung, welche das röm. Recht der juristischen Form verlieh, theils aber auch in Folge eines specielleren Grundsatzes, der zu Rom bezüglich der

juristischen Formen in gewissen Beziehungen herrschte, des Grundsatzes nämlich, daß auch gewisse, ein für allemal gegebene Worte einen wesentlichen Bestandtheil der juristischen Form bildeten, so daß daher z. B. bei actio de arboribus succisis wegen widerrechtlicher abgehauener Weinstöcke das Wort arbor in der Weise Bestandtheil der juristischen Form war, daß eine Stellvertretung desselben unstatthaft war, vielmehr eine Vertauschung mit dem Ausdrucke vites zur Nullität der Klage führte.[58]) Gleiches galt von einzelnen Worten im Testamente, wie in anderen Rechtsgeschäften, und so z. B. auch bezüglich der Mancipation, so daß die Vertauschung von aio mit dico, von emtum esse mit paratum esse u. dergl. zur Nullität führen mochte. Wir werden diese Lehre von der Bedeutung der juristischen Form im römischen Rechte in Thl. III. in ihrem Zusammenhange eines Weiteren darlegen, während für unsere gegenwärtigen Zwecke die obigen Bemerkungen genügen, um die Wichtigkeit der Kenntniß solcher Formen für den römischen Rechtsverkehr klar zu machen.

Die uralte technische Bezeichnung derartiger juristischer Formen der Rechtsacte ist nun actio, von der späteren Zeit auch civilis actio genannt,[59]) und es umfaßt dieselbe theils die Rechtsgeschäfts-,[60]) theils die Klagformulare. Den Gegensatz zu dieser actio bildet aber das ius, als der Inbegriff derjenigen normativen Bestimmungen, welche die Materie der Rechte und den Inhalt der Rechtsgeschäfte und Klagen bestimmten. Beide aber, ius und actio, erscheinen auch in äußerer Beziehung vollkommen unabhängig von einander: die Potenz, welche Beide ins Dasein ruft, sind im Allgemeinen verschieden, und verschieden ist die schützende Macht, welche Beide hütet und erhält: denn die actiones des Privatrechtes sind regelmäßig von Alters überliefert, ohne daß wohl irgend welches Zeitalter Roms ihrer Erfindung sich rühmen möchte, und die Hüter, die sie bewahren und vor

---

58) Vergl. Gai. Instit. IV, 11.

59) Paulus lib. 1. Manual. (fr. Vat. §. 47.); synonym ist civile negotium und actus legitimus, s. Schilling, Inst. §. 69. not. k. u. l.

60) Die Geschäfte, deren Formulare die actiones bildeten, waren jedoch nicht bloß zweiseitige, sondern auch einseitige; so verfaßte Appius Claudius eine Sammlung von actiones für die usurpationes nach Pomponius lib. sing. Euch. (Dig. I, 2, 2. §. 36).

frivoler Entstellung und Fälschung schützen, sind die pontifices selbst. Und gleichwie in den libri oder commentarii magistratuum das Ritual und die Geschäftsformeln der betreffenden Magistrate verzeichnet standen, somit die actiones publicae der Consuln, Censoren, Quästoren, aus denen Varro L. L. VI, 9. p. 265. 262. 268. Sp. Bruchstücke mittheilt; gleichwie ferner in den libri der Priesterschaften die sacralen actiones enthalten waren, mit welchen z. B. Livius die Leere der Geschichte seines ersten Buches durch Auszüge aus den libri fetiales verdeckt; so haben auch die actiones des Privatrechtes in den libri pontificii ihre Stelle gefunden, aus denen sie Cn. Flavius, der scriba des pontifex Appius Claudius Caecus nebst den Fasten als profanisirtes Gemeingut um die Mitte des 5. Jahrh. dem Volke überlieferte.

Neben diesen actiones kannte jedoch bereits das früheste Alterthum eine anderweite Gattung von Actionen, welche, wesentlich verschieden von jenen ersteren, in dieser ihrer Besonderheit auch anerkannt und in der Bezeichnung legis actiones besonders prädicirt wurden. Denn die Legisactionen sind Geschäfts- wie Klagformeln, welche unmittelbar durch eine lex gegeben sind und somit nicht, wie die übrigen actiones auf den libri pontificii beruhen. Ihre wichtigere Bedeutung erlangen diese Legisactionen in dem römischen Civilprocesse, indem in den früheren Zeitperioden jede Klagformel aus einem doppelten Bestandtheile zusammengesetzt war, aus der legisactio, welche, durch eine lex dem Wortlaute nach[61]) gegeben, den materiell-rechtlichen Bestandtheil der Klage (im proceßualischen Sinne) vertritt und als deren legaler Ausdruck und Formel sich darstellt, und aus der actio schlechthin, welche in den libri pontificii vorgeschrieben, den proceßrechtlichen Bestandtheil der Klage (im proceß. S.) vertritt und für diesen den specifisch eigenthümlichen und legalen Ausdruck bietet. So waren daher die rei vindicatio, die actio finium regundorum, die actio depensi, als durch Gesetz vorgeschrieben, legis actiones, während das sacramentum, die arbitrorum postulatio, die manus iniectio, lediglich actiones schlechthin waren, deren Ritual in den libri pontificii

61) Denn in der legisactio reproducirt sich das abstracte gesetzliche Wort in seiner concreten Anwendung. Daher war keine Klage denkbar ohne verbale Subsumtion des streitigen Falles unter das Gesetz.

verzeichnet stand. Während daher bei der Klage die actio als die specifisch proceßualische Formel stets auch eine legisactio, als den typischen Ausdruck des gesetzlich fixirten, materiellen Klagrechtes umschließt, so fällt dagegen bei dem Rechtsgeschäfte entweder die legisactio ganz hinweg, so daß nur die actio sich vorfindet, wie z. B. bei der mancipatio, oder es kehrt die legisactio nur als eine künstlich entlehnte wieder, wie dies z. B. bei der in iure cessio der Fall ist.

Die Richtigkeit der von uns gegebenen Wesenbestimmung der legisactio wird nicht allein durch die Wortbildung selbst von legis actio, und namentlich auch durch die Bezeichnungen legisactio sacramento, per iudicis postulationem, per manus iniectionem außer Zweifel gestellt, da hierin die Auffassung offen zu Tage tritt, daß das sacramentum, die iudicis postulatio, die manus iniectio nicht Stoff und Wesen, sondern lediglich Form und Mittel der legisactiones sind, und somit als die großen Gattungen der Klagformen sich darstellten, in welche die speciellen legisactiones sich erst einfügten, sondern wird auch theils durch Zeugnisse unserer Quellen,[62]) theils dadurch bestätigt, daß die in iure cessio eine legisactio war, und doch lediglich die rei vindicatio, nicht aber auch das sacramentum enthielt. Ist daher die legis actio von Vorn herein gleichbedeutend mit dem, was Gai. Inst. IV, 37. als nostris legibus actio constituta bezeichnet, und umfaßt dieselbe vor der Entstehung des ius gentium und des prätor. Rechts alle Klagen des röm. Rechts, so haben wir hiermit auch den ältesten

62) Hierher gehört namentlich die Angabe bei Gai. Inst. IV, 11.: legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, — — vel ideo, quia ipsarum legum verbis accommodatae erant; beide Gründe stehen in Causalzusammenhange: der zweite ist lediglich Folge des ersteren. Auch Pompon. lib. sing. Enchir. (Dig. I, 2, 2. §. 6.) sagt: legis actiones id est legitimae actiones und ebenso findet sich auch legitimae actiones bei Aelius Gallus in Fest. s. v. possessio p. 233. M.; in gleicher Maaße scheidet auch Pompon. l. c. ganz bestimmt die obigen beiden Elemente der Klagen in den Worten: leges XII tabularum; ex his fluere coepit ius civile; ex iisdem legis actiones compositae sunt. Omnium tamen harum et interpretandi scientia, et actiones apud collegium Pontificum erant, d. h. sowohl die Interpretatio der XII tab. und des ius civile und der legis actiones, wie die actiones dieser drei Rechtsnormen befanden sich in den Händen der Pontifices.

und eigentlichen Sinn von legis actio aufgefunden, und damit zugleich erkannt, wie die spätere Zeit diesen Begriff in der Weise umgestaltete, daß sie nicht mehr lediglich die in den alten Proceß-Actionen (sacramentum, iudicis postulatio, condictio, manus iniectio) umschlossenen und eingefügten Klagrechts-Actionen, sondern die Klagactionen in ihrer Gesammtheit, dafern sie in Form jener alten Proceßactionen auftraten, als legis actio bezeichnete, somit aber hierunter nicht allein die legis actio in ihrem ursprünglichen Sinne, sondern auch die dieselbe begleitende pontificale actio mit inbegriff.[63]) Diese Umgestaltung des Begriffes werden wir aber mit Recht als zeitliche, wie causale Folge der lex Aebutia und der Entstehung des ius gentium ansehen dürfen; denn einestheils treten nunmehr neben die alten civilen Klagrechte die des ius gentium und des prätorischen Rechtes, mit gleicher juristischer Bedeutung, wie jene, ohne gleichwohl legis actiones im alten ursprünglichen Sinne zu sein, so daß also in Folge dessen der Begriff legis actio aufhörte, alle Klagrechtsformeln im röm. Rechte zu umfassen; und anderntheils blieben auch die alten Proceß-Formen und Formeln lediglich für einzelne der alten civilen Klagrechte noch in Uebung, während andere derselben eine neue Proceßform annahmen, die ihnen wiederum mit neuen Klagrechten gemein war. Indem somit neben den alten Klagrechtsformeln, den legis actiones im ursprünglichen Sinne, auch neue Klagformeln aufkommen, welche nicht legis actiones waren, weil sie nicht legibus constitutae waren, gleichwohl aber die Letzteren innerlich den Ersteren sich gleichstellten, insofern sie die nämliche practische Bedeutung, wie theoretische Stellung einnahmen; indem ferner sogar ein Theil jener alten Rechtsformeln in die neue Proceßform dieser jüngeren Klagrechtsformeln übertrat und somit auch äußerlich und proceßualisch den Letzteren sich gleichstellte, so verlor damit der Ausdruck legisactio in jenem alten Sinne ebensowohl seine practische Bedeutung und Brauchbarkeit, und damit die innere Berechtigung seiner Existenz, als auch seine allgemeine Verständlichkeit. Und hierin liegt der Grund, daß man nun den Ausdruck legis actio

63) So z. B. Gai. Inst. IV, 11.: actiones, quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur; §. 30. u. a. m. Auch Pompon. lib. sing. Enchir. (Dig. I, 2, 2. §. 12.): legis actiones quae formam agendi continent.

lediglich auf diejenigen Klagen beschränkte, denen die alte Proceßform noch eigen blieb, wie auch auf diese Proceßform selbst übertrug, wobei es dann allerdings inconsequent war, daß man daneben auch die in iure cessio den legisactiones ferner noch beizählte.

Neben den bereits betrachteten Bedeutungen der legisactio, wo dieselbe als Inbegriff von Rechtsinstituten erscheint, wohnt jedoch diesem Begriffe auch die nämliche Beziehung inne, welche wir in §. XXVI. bezüglich des dortigen Begriffes actio anerkannten, indem auch die legis actio den Begriff der Klag- und Proceßfähigkeit repräsentirt, wie inbegreift, eine Thatsache, welche ebensowohl unsere Quellen lehren,[64]) als auch die Analogie, zu welcher in dieser Beziehung der Begriff actio berechtigt. — Während wir nun im Obigen die legisactio ihre ursprüngliche Bedeutung verändern sehen, tritt uns die gleiche Erscheinung auch bezüglich der actio entgegen, indem dieselbe neben ihrer Bedeutung als Inbegriff der Geschäfts- und Klagformeln auch zum Inbegriff der Klagformeln κατ' ἐξοχήν sich gestaltete. Hiermit aber war für die actio der besondere Begriff der Klage im proceßualischen Sinne gewonnen, womit dann der Begriff der Klage im materiellen Sinne ohne Weiteres sich verband (§. XXVI.). Die Periode aber, wo solche Umwandelung erfolgte, werden wir ebenfalls in die Zeit nach der lex Aebutia und nach Entstehung des ius gentium, und hier wiederum mit der obigen Veränderung des Begriffes der legisactio in Verbindung zu setzen haben. Denn von dem Zeitpunkte an, wo es Klagformeln gab, welche das Klagrecht proceßualisch verlautbarten, ohne dem Begriffe der legis actio im ursprünglichen Sinne sich unterzuordnen (so Klagrechtsformel der actio emti venditi, Publiciana in rem); wo man sonach Klagrechte kennen lernte (actio emti venditi, Publiciana), welche dem Begriffe der legisactio in jenem Sinne fremd blieben, weil sie nicht legibus constitutae

---

64) Ulp. lib. 26. ad Sabin. (Dig. I, 16, 3.): est apud eum legis actio, und (Dig. I, 20, 1.): data est ei legis actio; Paul. Sent. rec. II, 25, 4.: magistratus municipales, si habent legis actionem; Modestin. lib. 2. Regul. (Dig. I, 7, 4.) und Gell. N. A. V, 19.: apud quem legisactio est; Gordianus in C. Iust. VIII, 48, 1.: apud quem plena legisactio est. Daß hier die legis actio auf die Magistrate bezogen wird, ist unwesentlich, da das lege agere ebensowohl dem Kläger und Beklagten, wie dem Magistrate zukömmt.

waren; von dieser Zeit an mußte das Bedürfniß sich geltend machen, für diese neuen Rechtsbildungen eine geeignete Bezeichnung aufzustellen, und hierfür bot sich unter dem Einflusse des prätorischen Edictes mit seiner Clausel: actionem dabo der Ausdruck actio. Daß man aber diesem Ausdrucke actio neben seiner Bedeutung als Rechtsformel auch den eminenten Sinn von Klagformel beilegte, werden wir daraus zu erklären haben, daß der Klage um ihrer besonderen Wichtigkeit für das practische Leben willen eine höhere Bedeutung beigemessen und eine besondere Aufmerksamkeit gezollt ward, in Folge dessen aber dieselbe aus der Gesammtheit der übrigen Actionen hervortrat und nun zur actio κατ' ἐξοχήν ward. Indem aber hiermit für den Ausdruck actio der Begriff der Klagformel gewonnen war, so flossen auch hierin die Begriffe der Klage im proceßualischen und materiellen Sinne ohne Weiteres zusammen und von hier aus bewerkstelligte sich dann der Entwickelungsgang, den wir in §. XXVI. darlegten.

Daß wir aber den Anfangspunkt, von welchem jene Umwandelungen der Begriffe legisactio und actio ausgingen, mit Recht in das Zeitalter der lex Aebutia und der Entstehung des ius gentium versetzen, dafür bietet neben den obigen inneren Gründen auch eine äußere Unterstützung Gai. Inst. IV, 11. in den Worten:

> Actiones quas in usu veteres habuerunt, legis actiones appellabantur, vel ideo quod legibus proditae erant, quippe tunc edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, vel ideo quia ipsarum legum verbis accommodatae erant.

Denn da wir den Sinn dieser Stelle dahin aufzufassen haben: Bevor die Edicte der Prätoren in das Privatrecht regelnd eingriffen, hießen die Klagen insgesammt legisactiones, sei es weil sie durch leges gegeben, sei es weil sie den Gesetzesworten selbst angepaßt waren, so ergiebt sich hieraus, daß von dem Zeitpunkte an, wo das prätorische Edict Klagen aufstellte,[65]) eine andere Be-

---

65) Die Zeit, wo das Edict des Prätor diese Bedeutung gewann, fällt aber zusammen mit der lex Aebutia; denn, von inneren Gründen ganz abgesehen, so kann das Edict an und für sich nicht älter sein, als die lex Aebutia; es kann aber auch nicht viel jünger sein, weil das Edict des Publicius bereits dem Jahre 516. od. 519. angehört; daß aber die lex Aebutia und die Ent-

zeichnung an Stelle der legisactio, nämlich actio, aufkam. Von diesem Zeitpunkte daher kam der Ausdruck actio in einem anderen Sinne, als bis dahin üblich, in Gebrauch, während damit zugleich die legisactio eine andere Stellung einnahm gegenüber dem Rechtsinstitute, das sie bis dahin ausschließlich bezeichnete. Und wenn auch im Uebrigen Gaius, dem wir wohl nicht mit Unrecht vorwerfen dürfen, seine eigene Quelle nicht richtig verstanden und nur mangelhaft excerpirt zu haben, die Modalität der Umwandelung jener beiden Begriffe nicht näher angiebt, so kann doch gerade hierüber nicht der geringste Zweifel herrschen, weil wir die frühere und auch die spätere Bedeutung der Ausdrücke legisactio und actio kennen, hiernach aber die Umwandelung, die zu dem angegebenen Zeitpunkte bezüglich dieser beiden Begriffe eintrat, ganz von selbst sich qualificirt.

Nach Alle dem stellen wir daher das Resultat dieser unserer Erörterung dahin fest:

Der älteste Begriff von actio ist Klag- und Rechtsgeschäftsformel, im Gegensatze zum ius, als der Disposition, welche den Inhalt der Klage, wie des Rechtsgeschäftes bestimmte. Dieser Inhalt selbst aber war insoweit, als er materiell-rechtlich war, in specifisch unterscheidender Weise durch eine legislatorische Disposition abstract vorgeschrieben, und da nun jede Klage oder gewisse Rechtsgeschäfte jenen abstracten Inhalt in concreto wortgetreu reproduciren oder reformuliren mußten, so war damit auch der hierauf bezügliche Theil der Klag- oder Geschäftsformel selbst legislatorisch gegeben und ward daher als legis actio speciell prädicirt; theils war aber auch jener Inhalt, insoweit nämlich als er proceßrechtlicher Natur war, in generisch unterscheidender Weise durch eine in ihrer Wesenheit nicht mehr erkennbare Potenz gegeben, und der diesem Inhalte entsprechende Theil der Klag- oder Geschäftsformel, der allenthalben gleichmäßig, ohne concrete Sondergestaltung wiederkehrte, ward nicht näher prädicirt, vielmehr schlechthin durch den allgemeinen Begriff der actio vertreten. In dieser Gestaltung der Dinge traten indeß in Folge der lex Aebutia, wie der Entstehung des ius gentium die Veränderungen ein, daß neben jene alten legis actiones

---

stehung des ius gentium in zeitlicher Beziehung einander nahe stehen, darüber s. Thl. II. not. 785.

Klagrechtsformeln traten, welche nicht durch lex, sondern durch die Organe des ius gentium, wie des ius honorarium gegeben waren, gleichwohl aber die nämliche practische, wie theoretische Stellung einnahmen, als Jene, sowie daß ein Theil jener ursprünglichen legis actiones seine Verbindung mit den von Alters ihm zukommenden actiones oder Proceßformeln löste und in das Gewand von anderen Proceßformeln sich kleidete, welche ebenfalls im Gefolge der lex Aebutia und des ius honorarium neu aufgekommen waren. Und in Folge dieser historischen Vorgänge trat nun im Sprachgebrauche die Umwandelung ein, daß man den Ausdruck legis actio auf diejenigen Formeln und Klagen beschränkte, in denen die ursprüngliche Verbindung von altüberlieferter Klagrechtsformel und von altüberlieferter Proceßformel noch fortbestand, wobei indeß die in iure cessio noch mit eingerechnet wurde, während man den Ausdruck actio restringirend und in einem eminenten Sinne übertrug auf die neuen Klagrechtsformeln, oder auf die neuen Proceßformeln, oder auf diejenigen Formeln, in denen die alten Klagrechtsformel in das Gewand einer neuen Proceßformel sich einkleidete.

## §. XXVIII.

Der §. XXV. wies nach, daß mit dem Ausdrucke actio das Alterthum den Begriff der Rechtsfähigkeit in Bezug auf dasjenige Institut verband, welches unter der gleichen Benennung actio inbegriffen ward, während §. XXVI. darzulegen unternahm, in welchem Sinne Solches Seitens der Römer von Vorn herein beschah. Indem wir nun von diesem letzteren Punkte zunächst absehen, da wir denselben in §. XXX. in noch allgemeinerer Beziehung wiederum ins Auge fassen werden, so bleiben wir nun bei jenem Resultate von §. XXV. stehen. Setzen wir aber mit diesem wiederum das Resultat von §. XXVII. in Verbindung, so erkennen wir, daß actio in den verschiedenen Zeitaltern römischer Rechtsentwickelung die Rechtsfähigkeit in Bezug auf Rechtsformeln im Allgemeinen sowohl, als auf Klagformeln insbesondere und auf die Klage repräsentirt haben wird, während anderntheils die legisactio in gleich successivem Verhältnisse die Rechtsfähigkeit einerseits in Bezug auf die durch Gesetz gegebenen Rechtsformeln, andrerseits in Bezug auf die dem ältesten Civilrechte angehörigen Klag- wie betreffenden einzelnen Geschäftsformeln vertrat.

Fragen wir nun gegenüber dieser Mehrheit von Begriffen und Bezeichnungen, welchen derselben wir die Bedeutung beizumessen haben, theils im Allgemeinen die das conubium und commercium ergänzende Rechtsfähigkeit i. e. S. vertreten, theils insbesondere die der recuperatio entsprechende Fähigkeit der Person bezeichnet zu haben, so haben wir nach dem in §. XXVII. angenommenen Zeitpunkte dahin zu entscheiden, daß vor der lex Aebutia und der Entstehung des ius gentium der Ausdruck legisactio und zwar in dem Sinne jene Vertretung übernahm, wo er die durch die lex gegebene Formel bezeichnete. Denn während die actio in dem Sinne von Rechtsformel im Allgemeinen auf das Gebiet des conubium und commercium mit übergriff, so bildete die legisactio zu den Letzteren einen ausschließenden, wie erschöpfenden Gegensatz, insofern sie die sämmtlichen Klagen des römischen Rechtes umfaßte, sowie in den in iure cessiones diejenigen Rechtsgeschäfte, welche den Klagen äußerlich ähnlich waren.[65a]) Dagegen nach der lex Aebutia und der Entstehung des ius gentium ist dem Ausdrucke actio jene Stelle anzuweisen, in dem Sinne nämlich, wo derselbe die Klagformel und Klage bezeichnet. Denn auch hier erschöpft dieser Begriff ein dem conubium und commercium fremdes Gebiet, während die legisactio in ihrer jüngeren Bedeutung nur den geringeren Theil der civilen Klagen umfaßt; vgl. §. XXIX.

Beiden Begriffen: legisactio und actio in dem nur angegebenen Sinne dürfen wir aber auch die Bedeutung beimessen, in zeitlicher Aufeinanderfolge die der Recuperatio entsprechende Rechtsfähigkeit des Peregrinen bezeichnet zu haben. Denn, was zunächst die Klage im civilrechtlichen oder materiellen Sinne betrifft, so kann es einem Zweifel nicht unterliegen, daß dieselbe in Folge der recuperatio auf den Peregrinen übertragen ward, als actio civilis nämlich, insofern die Klage des ius gentium dem Peregrinen auch ohne die recuperatio bereits zustand, somit also ganz unabhängig von der Letzteren erscheint. Daher kommt auf Grund der recuperatio dem Peregrinen von Vorn herein die rei vindicatio, die actio furti und iniuriarum, fiduciae und depensi der XII Tafeln, wie

65a) Hierher gehört theils die reine in iure cessio (so rei, servitutis, hereditatis, tutelae), theils die modificirte (manumissio per vindictam); dagegen die combinirte (adoptio, emancipatio) fällt wegen der concurrirenden Mancipation zugleich auch dem commercium anheim.

die actio legis Aquiliae in derselben Maaße zu, wie dem civis Romanus, wenn gleich äußerlich nicht in derselben Weise, weil ihre Uebertragung auf den Peregrinen durch Fiction vermittelt worden zu sein scheint (§. 20). Daher ist es gerade die legisactio in ihrem ursprünglichen Sinne (§. XXVII.), deren Fähigkeit die recuperatio dem Peregrinen gewährte, womit übereinstimmend es auch keinem Zweifel unterliegt, daß die recuperatio auch die Fähigkeit zur in iure cessio auf Jenen übertrug.

Dagegen die civile Klage im civilprocessualischen Sinne ward durch recuperatio auf den Peregrinen nicht übertragen, daher derselbe weder sacramento oder per iudicis postulationem, noch per manus iniectionem processirte, da vielmehr an Stelle dieser Proceßformen andere Modalitäten der Rechtsverfolgung traten (Thl. II. §. 28. sq.). Dieser Sachverhalt aber erklärt sich daraus, daß in Folge der einmal gegebenen Besonderheit des Recuperationsprocesses das Bedürfniß solcher Uebertragung, wie die Veranlassung dazu hinwegfiel;[65]) während die Bestätigung an sich für jene Thatsache nicht allein durch die beglaubigte Existenz eines besonderen Recuperatorenprocesses gegeben ist, sondern auch durch das Zeugniß von Cic. p. Caec. 33, 97., welcher berichtet:

> Cum Arretinae mulieris libertatem defenderem et Cotta decemviris religionem iniecisset, non posse nostrum sacramentum iustum iudicari, quod Arretinis adempta civitas esset, et ego vehementius contendissem, civitatem adimi non potuisse, decemviri prima actione non iudicaverunt, postea re quaesita et deliberata sacramentum nostrum iustum indicaverunt.

Denn vergegenwärtigen wir uns, daß den Arretinern zu dem in

---

65 b) Wegen des letzten Motives, den Recuperationsproceß an die Stelle der leg. a. sacramento zu setzen vgl. Thl. II. not. 71. — Hinsichtlich der lex Calpurnia (ao. 605) u. Iunia repetund. ist zweifelhaft: zunächst, ob dieselben die legis actio sacramento für das Haupt- und das Litisästimations-Verfahren zusammen, oder nur für Letzteres, dagegen für das Erstere ein anderes Verfahren einführten (Letzteres Walter, Gesch. d. röm. R. §. 776., Ersteres Rudorff in Zeitschr. XII. p. 138. sq.); sodann ob solche leg. actio sacramento auch den socii zugängig, oder für diese ein anderes Verfahren, vor Recuperatoren, eintrat, vgl. Walter, l. c. II. p. 439. not. 183. Allein die Annahme solcher Uebertragung der l. a. sacram. auf die socii ist durch Nichts gerechtfertigt, Thl. II. not. 70., und würde selbst entgegengesetzten Falles kein Argument auf die früheren Zeiten ergeben.

Betracht kommenden Zeitpunkte das römische ius nexi mancipiique zustand (Thl. II. §. 46.) und daß dieses auch die Bestandtheile der recuperatio in sich enthielt (Thl. II. §. 61 sq.); und daß andrerseits in dem erwähnten Processe über die libertas der Arretinerin der von Cicero angegebene Streitpunkt lediglich auf der Frage beruhte, ob die Beklagte rechtsgültiger Weise ad sacramentum habe provociren können,[66]) diese Streitfrage aber wiederum einzig und allein darin ihren Grund hat, daß nach Cotta den Arretinern die Civität entzogen sei, hiermit aber aus religiösen Gründen (religionem iniecit) auch die Fähigkeit zum processualischen sacramentum fehlte; daß dagegen Cicero lediglich jenen Mangel der Civität in Abrede stellte, nicht aber, abgesehen von der Civität, die Fähigkeit zum sacramentum für seine Partei in Anspruch nahm; so werden wir erkennen, daß die Zuständigkeit des ius nexi mancipiique für die Fähigkeit zur legisactio vollständig irrelevant und nicht präjudiziell war, und demgemäß jene Rechtszuständigkeit diese Fähigkeit entschieden nicht gewährte. Denn wäre das Gegentheil der Fall gewesen, so hätten die Parteien gerade auf die Frage wegen der Civität gar kein Gewicht legen und die Richter unter den damaligen Zeitverhältnissen niemals auf deren Entscheidung eingehen können, da solchenfalls bereits das den Arretinern zuständige ius nexi mancipiique alle Zweifel über die legitima persona standi der Beklagten in der legis actio sacramento beseitigt hätte, demgemäß aber auch Cicero seiner Behauptung und die Xvirn ihrer Entscheidung über die Rechtsbeständigkeit des sacramentum einfach die Bezugnahme auf jenes ius nexi mancipiique zu Grunde legen mußten, anstatt auf die in theoretischer Beziehung

66) Die Entscheidung sacramentum iustum esse enthielt im vorliegenden Falle ein doppeltes Moment: Entscheidung über die formelle Rechtsbeständigkeit, und über die materielle Gerechtigkeit des sacramentum. Wie Cicero's Darstellung selbst an die Hand giebt, war die erstere Frage, die gegenwärtig allein uns interessirt, bedingt von der Civität der Beklagten, die letztere dagegen bedingt von der Libertät derselben. Wenn Dernburg, in krit. Zeitschr. f. d. ges. Rechtswiss. I. p. 462. gegen Keller behauptet, daß in jenem Processe in der That nur die erstere, nicht auch die letztere Frage ventilirt worden sei, so ist dabei übersehen, daß dann der in Frage stehende Proceß in Wahrheit gar nicht ein iudicium de libertate, sondern einzig und allein ein praeiudicium de civitate mulieris Arretinae gewesen sein würde, während doch Cicero ausdrücklich das Erstere besagt.

difficile, und wegen Sulla's Machtstellung höchst delicate, überdem aber auch an sich ziemlich fern liegende Frage einzugehen, ob die Entziehung der Civität zu Recht bestehe oder nicht. Und wie daher dieser Sachverhalt auf das Unzweideutigste ergiebt, daß in dem ius nexi mancipiique die Fähigkeit zur leg. a. sacramento nicht mit enthalten war, so gewinnen wir nun hieraus einen sicheren Fingerzeig auch in Bezug auf die durch die recuperatio gewährte Klagfähigkeit, da, wie bemerkt, die recuperatio in dieser Beziehung nicht mehr gewährte, als jenem ius nexi mancipiique inlag.

Wenn nun nach Alle dem dem Peregrinen auf Grund der recuperatio die Rechtsfähigkeit in Bezug auf die civile Klage im civilrechtlichen Sinne mit dem ihr entsprechenden Klagformulare verliehen war, dagegen die Fähigkeit bezüglich der civilen Klage im civilprocessualischen Sinne mit ihren rein processualischen Klagformeln versagt blieb, indem vielmehr an der letzteren Stelle ein besonderes Proceßverfahren trat, so erkennen wir damit, daß in der That die legisactio in ihrer ältesten und ursprünglichen Bedeutung dem Peregrinen zustand, wogegen die civile actio schlechthin als Proceßformel ihm nicht zukam; sowie daß in der späteren Zeit, nach eingetretener Umwandelung der maaßgebenden Begriffe und seitdem actio die Bedeutung von Klage angenommen hatte, ihm die civilis actio (not. 59.), nicht aber die legisactio, mit Ausnahme der in iure cessio, zukam. Und durch jenen Ausdruck civilis actio hat vielleicht die spätere Zeit der Republik in der That die durch die recuperatio dem Peregrinen gewährte Rechtsfähigkeit bezeichnet; allein ebenso denkbar ist es, daß man in diesem Sinne auch des Ausdruckes actio schlechthin sich bediente, und dabei die Klage des ius gentium als nicht in Betracht kommend stillschweigend ausschloß (vgl. §. XXIX). Jedenfalls aber haben wir anzunehmen, daß, seitdem die legisactio ihre ursprüngliche Bedeutung verloren hatte, entweder die actio oder die actio civilis die der recuperatio correspondirende Fähigkeit des Peregrinen bezeichnete, in der Maaße jedoch, daß dabei diejenigen Rechtsgeschäfte mit inbegriffen waren, welche als legisactiones fort und fort noch anerkannt wurden,[67]) zu denen aber die Fähigkeit von Alters her durch recuperatio den Peregrinen übertragen wurde, nämlich die in iure

67) Vergl. Keller, Civproc. §. 24.

cessio. Dagegen gelten als ausgeschlossen die alten, noch üblichen Civilproceßformen, zu denen von Alters her die Fähigkeit dem Peregrinen nicht ertheilt wurde, nämlich die legis actio sacramento und per manus iniectionem, indem an deren Stelle theils der Recuperationsproceß, theils der Formularproceß trat.

Wahrscheinlich hat endlich auch entsprechend wie beim conubium, commercium und der testamentifactio (§. IX. XIII. XIX.) die Fähigkeit zum Solennitätszeugnisse bei der Litiscontestation, wie zur Leistung der processualischen Bürgschaft auf dem Innehaben jener actio beruht.

Nach Alle dem dürfen wir daher in den Ausdrücken legisactio (bis zur lex Aebutia und Entstehung des ius gentium) und actio (nach diesem Zeitpunkte) die Benennungen erkennen, durch welche die der recuperatio entsprechende Rechtsfähigkeit bezeichnet wurde; und wenn wir bei dieser Annahme Modificationen jener Begriffe anzunehmen genöthigt sind, welche, ohne einen besonderen Ausdruck zu finden, gleichwohl von Außen her und nicht von Innen heraus jene Begriffe afficirten, demzufolge aber stillschweigend supplirt wurden, in Bezug nämlich auf die alte civile Proceßform, die in iure cessio und die Klage des ius gentium, so wird diese Erscheinung um so weniger zu Bedenken Veranlassung geben, als wir gleicher Erscheinung auch bei dem conubium und commercium begegneten (§. IX. XIII.).

Endlich weitere Beschränkungen, die, gleichmäßig wie beim conubium und commercium eintreten, sobald dem Peregrinen auf Grund der recuperatio der civile Rechtsschutz verliehen wird, haben wir nach Th. II. §. 17. verwiesen.

## D.

### Gesammtresultat.

### §. XXIX.

Nach Erörterung der Begriffe conubium, commercium, und recuperatio, wie actio und legisactio ist es möglich, mit größerer Sicherheit auf den in §. II. — V. eingenommenen höhern Standpunkt zurückzukehren und insbesondere zu prüfen, in wiefern für den in §. V. unter A, 1, a. aufgestellten Satz die gewonnenen Resultate eine Bestätigung ergeben, für jenen Satz nämlich, daß

das römische Alterthum das Recht, als Objekt der Rechtsfähigkeit (i. w. S.) der Person gedacht, nicht als Inbegriff von Satzungen über einzelne Befugnisse oder über einzelne Wirkungen und Folgen, sowie von Satzungen über die einzelnen Gründe der Entstehung und des Unterganges der Rechte aufgefaßt, sondern unter die Begriffe der actio und noch früher der legisactio, wie des connubium und commercium gestellt habe.

Zunächst die Erkenntniß des antiken Wesens von connubium und commercium bestätigt in dieser Beziehung unseren Ausspruch. Denn die Gesammtsphäre, welche diesen Begriffen sich unterordnet, ergreift an sich das Rechtsgeschäft allein, während die einfache jurist. Handlung, der jurist. Zustand, das jurist. Ereigniß, insoweit solche das Recht in eine Bewegung setzen, der Sphäre jener Begriffe vollkommen fern stehen, und selbst die Uscuapion, in welcher eine Berücksichtigung dieser Bewegungsgründe der Rechte der Wahrnehmung ganz unmittelbar sich aufdrängte, als reines Complement der Mancipation behandelt ward, ohne zu irgend welcher ausdehnenden Abänderung der einmal angenommenen Begriffe Veranlassung zu geben. So umfassen connubium und commercium in Wahrheit nicht die gesammte Sphäre der civilen Handlungsfähigkeit im weiteren Sinne, sondern lediglich die Fähigkeit zum civilen Rechtsgeschäfte. Daher war unser moderner Gesichtspunkt, welcher die sämmtlichen, die Bewegung des Rechtes vermittelnden Gründe, somit nicht allein das Rechtsgeschäft, sondern auch die einfache jurist. Handlung, den jurist. Zustand und Ereigniß in diesem ihrem gemeinsamen Wesen zusammenfaßt, dem frühern Alterthum fremd, vielmehr faßte dieses lediglich das Rechtsgeschäft in dem Lichte eines die Bewegung des Rechtes vermittelnden Grundes in's Auge, während einfache Handlung, wie auch Ereigniß und Zustand im Allemeinen keiner Betrachtung nach Seiten ihrer rechtsbewegenden Kraft unterworfen wurden. Vielmehr erschaute man die Letzteren lediglich nach der durch die Betrachtung der actio gegebenen Richtung des Blickes, so daß z. B. furtum, wie iniuria von Alters her nicht als Gründe der Entstehung von Obligationen, sondern lediglich als Gründe der Entstehung von Actionen in Betracht kommen, und erst die Wissenschaft einer späteren Zeit auch hierin eine rechtsproductive Kraft erkennen und nach diesem Gesichtspunkte jene Gründe in das Rechtssystem einordnen konnte.

Wenn daher die historischen Beziehungen und die Wesenheit von conubium und commercium in Wahrheit den Satz bestätigen, daß das älteste römische Alterthum, insofern es das Recht in seiner Beziehung zur Rechtsfähigkeit der Person in Betracht zog, diejenige Partie desselben, welche wir selbst dem Begriffe der Handlungsfähigkeit i. w. S. unterordnen, nicht als Inbegriff von Satzungen über die einzelnen Gründe der Entstehung und des Unterganges der Rechte auffaßte, sondern wesentlich nur an das zweiseitige Rechtsgeschäft anlehnte, so haben wir doch andrerseits jenen antiken Begriffen die nämliche Stelle anzuweisen, welche für uns selbst der Begriff der Handlungsfähigkeit einnimmt (§. IV.), d. h. da, wo in dem Gange des Denkens uns selbst dieser letztere Begriff entgegentritt, vergegenwärtigten sich dem alten Rom die Begriffe von conubium und commercium. Zwar erwiesen nun seit Entstehung des ius gentium auch diese beiden Begriffe sich ungenügend, insofern als sie anfänglich dem Gebiete dieses Rechtes völlig fremd waren, und auch, was das commercium betrifft, stets fremd blieben; allein immerhin wird dieser Umstand erst von dem Zeitpunkte an einen Einfluß auf die Stellung jener beiden Begriffe erlangt haben, wo überhaupt das ius gentium in den Kreis der von der Rechtswissenschaft cultivirten und verarbeiteten Materien eintrat, und diesen Zeitpunkt dürfen wir erst in die angehende Kaiserzeit versetzen (vgl. Thl. I. §. 43), wo dann jener Einfluß der wissenschaftlichen Betrachtung des ius gentium in der That auch in manichfachen Spuren und namentlich in Bildung eines dogmatischen Systemes der Entstehungsgründe der Obligationen zu Tage trat.

Das nämliche Verhältniß aber, welches zwischen dem conubium und commercium und dem modernen Begriffe der Handlungsfähigkeit statt hat, waltet ob bezüglich der actio gegenüber dem modernen Begriffe der Rechtsfähigkeit i. w. S.: die Römer faßten von den sämmtlichen Wirkungen je der verschiedenen Rechte nur die allen diesen gemeinsame Wirkung, die actio allein maßgebend in's Auge und erhoben somit dieselbe zum Stellvertreter der Gesammtheit der den Rechten zukommenden einzelnen Wirkungen. Hierdurch aber ward die actio zum technischen, wie metaphysischen Repräsentanten des Rechtes selbst im ruhenden Zustande und die Fähigkeit zur actio nahm im antiken Vorstellungskreise die

nämliche Stelle ein, welche wir selbst der Rechtsfähigkeit i. e. S. anweisen. Gleichwie daher die Römer von Alters her der obligatio ex delicto nur als actio furti, iniuriarum u. dgl., des Eigenthumes als rei vindicatio[68]) sich bewußt werden, so stellt sich ihnen auch die Fähigkeit zum Innehaben der Rechte und der denselben inliegenden Befugnisse, die Fähigkeit somit, die Wirkungen und Folgen der Rechte in der eigenen Person zu reproduciren, immer nur dar als Fähigkeit der Person zur actio. Und auch hier mochte man vor jenem Zeitpunkte, wo das ius gentium in den Kreis der wissenschaftlich behandelten Materien eintrat, bei der Zusammenstellung der actio mit dem conubium und commercium in der That nur an die civile Klage denken, so daß auch hier das ius gentium der systematischen Betrachtung des Rechtes fern blieb. Allein selbst nachdem dem ius gentium solche theoretische Betrachtung von Seiten der Rechtswissenschaft gewidmet wurde, gab man in der hier fraglichen Beziehung die alte Anschauungsweise keineswegs völlig auf, und während in Bezug auf die Handlungsfähigkeit die Doctrin sich davon losmachte, solche lediglich den Begriffen von conubium und commercium unterzuordnen, so ließ man sich in Bezug auf die Rechtsfähigkeit im engeren Sinne auch ferner noch von der hergebrachten Anschauungsweise bestimmen, Jene auch in Bezug auf das ius gentium als Klagfähigkeit aufzufassen, eine Thatsache, wofür wir die Belege weiter unten beibringen werden (vgl. auch not. 68).

---

68) Wegen actio furti und iniuriarum vergl. die XII-Tafelfragm. Hinsichtlich des Eigenthumes ist eine eigentliche Bezeichnung desselben bis zum Zeitalter Cicero's herab dem röm. Rechtsleben ganz unbekannt, vielmehr ward dasselbe bezeichnet entweder als zweiseitiges Rechtsgeschäft: mancipium, oder als Klage: rei vindicatio, oder es ward umschrieben durch rem meam esse; den zweiten Punkt fassen wir jetzt ins Auge; der erstere ordnet sich dem Gesichtspunkt unter, den wir bezüglich des commercium oben geltend machten; der dritte Punkt entspricht dem, was wir oben in §. V. unter A, 1. b. erwähnten. Gleiches gilt in den beiden ersten Punkten von dem nexum. Entsprechend ist, wenn auf dem Gebiete des ius gentium die Obligation aus dem Kaufe entweder als emtio venditio (Rechtsgeschäft, so Tit. D. de contrahenda emtione et de pactis inter emtorem et venditorem compositis 18, 1.) oder als actio emti venditi (Klage, so Tit. D. de actionibus emti et venditi 19, 1.) aufgefaßt werden. Die Obligationen im Allgemeinen werden als actiones, im Gegensatze zu den petitiones aufgefaßt u. dergl. m.

Zweiseitiges Rechtsgeschäft, wie andrerseits die Klage, stellen sich somit dar als die Beziehungen, welche die Rechte an sich der Anschauung des frühesten römischen Alterhumes darboten, wie als die Beziehungen, durch welche man die Theilnahme der Person an den Rechtssatzungen vermittelt erkannte, und sie treten somit an die Stelle des von der modernen Wissenschaft anzuerkennenden zwiefältigen Verhaltens des Rechtes: des Zustandes der Bewegung, wie der Ruhe (§. IV.). In jener antiken Auffassung des Verhaltens der Rechte haben wir somit eine allgemein herrschende Vorstellung und die Ausprägung einer Grundanschauung des älteren römischen Rechtslebens zu erblicken, welche von der höchsten Wichtigkeit ist für die Beurtheilung des ältesten römischen Rechtes, weil sie hier in vielfältigen Erscheinungsformen sich offenbaren muß.

Die eine dieser Erscheinungsformen haben wir in Thl. II. Cap. II. der ersten Periode erörtert: sie tritt zu Tage, wo es sich um Uebertragung der civilen Rechtsfähigkeit auf den Peregrinen handelt, und prägt hier sich aus in der Begriffsgruppe von conubium, commercium und recuperatio einestheils, wie von conubium, commercium und actio anderntheils. Daß aber gerade diese Begriffsgruppen die früheste Rechtsanschauung des Alterthumes bestimmten, erhellt nicht allein aus der so häufigen Verbindung von conubium und commercium, als deren nothwendiges Complement wir den daneben selbstständig zu Tage tretenden, aber gleicher Sphäre des Rechtslebens anheimfallenden Begriff der recuperatio und resp. actio auffassen müssen, sondern es bietet sich hierfür sogar ein noch directerer Beweis in dem foedus mit Carthago von 406, welches den Carthagern die den Peregrinen zugängige private Rechtsfähigkeit mit Ausschluß des conubium in zwei Ausdrücken gewährte, welche Polybius durch ποιεῖν und πωλεῖν wiedergiebt, und in denen wir das agere und emere vendere des alten röm. Rechts, somit die actio und emtio venditio im alten Sinne: die Klagfähigkeit und das commercium deutlich wiederzuerkennen vermögen (vgl. Thl. II. §. 74). Ja ziehen wir hierüber noch in Betracht, wie auch das hellenische Alterthum jene Begriffsgruppe uns erkennen läßt und wie insbesondere in den in Beilage XIII. behandelten Urkunden eine durch jene Gruppe gegebene Ordnung und Abschichtung des Stoffes zu Tage tritt, so werden wir in der That kein Bedenken zu tragen haben, die Auffassung der betreffen-

den Verhältnisse für das früheste röm. Alterthum von jener Begriffsgruppe bestimmt sein zu lassen.

Zwar trat nun seit Entstehung des ius gentium die Veränderung ein, daß nunmehr die actio nicht bloß die Klage des ius civile, sondern auch des ius gentium umfaßte, während das conubium in der Kaiserzeit eine entsprechende Extension erfuhr (§. VI. unter 4), das commercium dagegen stets seine technische Beschränkung auf das ius civile beibehielt; und die Begriffsgruppe von conubium, commercium und actio verlor damit die Fähigkeit, die Sphäre der civilen privaten Rechtsfähigkeit der Person zu determiniren; allein da, wie bereits obbemerkt, erst die Kaiserzeit das ius gentium in den Kreis wissenschaftlicher Behandlung einführte und in das Rechtssystem einordnete, so erscheint es wohl denkbar, daß man während des gesammten Zeitalters der Republik hindurch jene Begriffsgruppe beibehielt und die Beschränkung der actio auf die civile Klage stillschweigend supplirte, obwohl andrerseits diese Beschränkung auch in der Prädicirung actio civilis ihren Ausdruck gefunden haben kann (§. XXVIII.). In der Kaiserzeit dagegen verlor die actio aus äußeren Gründen ihre Stellung in jener Gruppe; vgl. Thl. II., §. 31. 91. 97.

Allein auch in noch andern Punkten muß die obige Grundanschauung innerhalb des röm. Rechtslebens, namentlich aber in dem Baue von Recht und Rechtswissenschaft zu Tage getreten sein. Und in der That würde es uns gelingen, diese Behauptung zu bewahrheiten, wenn der Raum uns vergönnte, Recht und Wissenschaft eines Zeitalters wie der XII Tafeln und des Sextus Aelius einer näheren Betrachtung zu unterwerfen. Allein der Strahl der Wahrheit hat noch zu wenig vermocht, die Nebel zu zerstreuen, welche über jenen Zeiten lagern, daher nur spätere Jahrhunderte die Objekte dem Blicke bieten, an denen obiges Gesetz sich bestätigt. Denn wenn auch in der Kaiserzeit, namentlich in Bezug auf die Vorstellung von der Handlungsfähigkeit, eine veränderte Anschauungsweise Platz griff, die bereits mit dem Ausgange der Republik sich vorbereitete, so lassen doch bei der ungewöhnlichen Macht, welche zu Rom allem Traditionellen inwohnt, auch hier noch die Spuren jener ältesten Auffassung des Rechtes sich nachweisen. So treten dieselben, was die Legislation betrifft, namentlich im prätorischen Edicte zu Tage: das gesammte Edict des Prätor ist fast

durchgängig Klagrechts-Ordnung, wie Proceß-Regulativ,[69]) ohn daß dasselbe in der Regel den Rechten an sich irgend welchen Platz in seinem Systeme einräumte. Allein auch im Einzelnen offenbart sich die entsprechende Erscheinung, indem für die bezüglichen Rechtsverhältnisse der Prätor lediglich die für sie festgesetzte Klage bestimmt, und dies in der Weise, daß er die Klage als Schutzmittel und Annexum nicht des Rechtes selbst, sondern des Rechtsgeschäftes hinstellt, so daß das Recht an sich, welches in Wahrheit erst das vermittelnde Band zwischen Klage und Rechtsgeschäft, wie den Centralbegriff bildet, um den herum jene Beiden sich ordnen, völlig außer Betracht gelassen wird. So lautet z. B. das Edict über die actio depositi bei Ulpian. lib. 30 ad Edict. (Dig. XVI, 3, 1. §. 1.):

Quod — — depositum sit, — — iudicium dabo,

und das Edict bezüglich der pacta conventa nach Ulpian lib. 4. ad Edict. (Dig. II, 14, 7. §. 7.):

Pacta conventa — servabo,

so daß beidemal der rechtliche Schutz durch Klage (d. i. durch Klage, wie Exception) lediglich dem Geschäfte, dem depositum, wie pactum conventum, nicht aber der obligatio aus Beiden attribuirt wird.

Während sonach im prätorischen Edicte die Klage als der bei Auffassung des Rechtes hauptsächlich bestimmende und das Rechtsgeschäft als der nebensächlich maaßgebende Begriff sich darstellt, so erscheint wiederum in der früheren Rechtswissenschaft das Rechtsgeschäft als der hauptsächlich maaßgebende Begriff. Und wie wir das sabinianische Rechtssystem im Allgemeinen als System der Rechtsgeschäfte bezeichnen dürfen, so sind es namentlich die beiden ersten der in diesem Systeme gegebenen Abschnitte, welche, indem sie als Lehre von den Testamenten und Legaten (Tit. de Testamentis, de Legatis) sich geben, doch dabei das gesammte Civilerbrecht behandeln, somit aber solches dem Gesichtspunkte des Rechtsgeschäftes unterordnen.[70]) Ja selbst in dem Systeme der Institutionen Justinians, wo die veränderte Anschauung schon weit stärker sich geltend macht, vermögen wir noch einzelne Spuren jener von Alters überlieferten Auffassung zu erkennen, wie denn

69) Vergl. Leist, Gesch. d. röm. Rechtssyst. p. 20. sq., insbes. p. 26. sq., und p. 56. init.

70) Vergl. Leist, Gesch. d. röm. Rechtssyst. p. 55. fin. p. 52.

z. B. die Lehre von den Consensual-Obligationen im Wesentlichen unter den Rubriken: de emptione et venditione, de locatione et conductione, de societate, de mandato abgehandelt werden, während in Wahrheit der Begriff der Obligation aus Kauf, Miethe 2c. den Mittelpunkt bildet, um welchen die einschlagenden Lehren sich gruppiren.

## §. XXX.

Werfen wir nun noch einen Blick auf das Gemeinsame in der Erscheinung von conubium, commercium, von legisactio und actio, wie von testamentifactio, so nehmen wir wahr, wie diese Ausdrücke neben der von uns allein maaßgebend in's Auge gefaßten Bedeutung von Fähigkeit auch die Bedeutung von ehelicher Geschlechtsverbindung, commerciellem Verkehr, Klage und Testamentserrichtung in sich tragen. Diese Verbindung solcher verschiedener, aber einander entsprechender Bedeutungen, wiederkehrend in den Ausdrücken suffragium, honor u. a., mag mit Recht die Aufmerksamkeit des Rechtshistorikers auf sich ziehen, weil sie um dieses ihres häufigen Vorkommens willen mehr als eine rein zufällige Erscheinung bieten dürfte. Vielmehr weist dieselbe darauf hin, daß hinter der rein lexikalischen Mehrsinnigkeit des Ausdruckes eine typische Eigenthümlichkeit der Anschauung des alten Roms und seiner Vorstellung von den betreffenden Verhältnissen sich birgt. Fassen wir nun aber in's Auge, daß nach den Gesetzen sprachlicher Formation die Ausdrücke conubium, commercium und actio von vorn herein in der That nicht die Fähigkeit zu einem Lebensverhältnisse, sondern lediglich dieses Verhältniß selbst bezeichnet haben können; ziehen wir sodann das in §. IV. und V. angezogene psychologische Entwickelungsgesetz in Betracht, wonach die Anschauung und Auffassung der Völker von dem Sinnlichen zum Geistigen in organischem Fortschritte allmählig sich erhebt, so haben wir hiermit in der That einen Standpunkt gefunden, von welchem aus wir die Anschauungs- und Auffassungsweise des römischen Volkes bis in die frühesten Jahrhunderte seines Daseins zurück zu verfolgen, und eine historische Entwickelung der durch die Ausdrücke conubium, commercium und actio getragenen Begriffe zu erkennen vermögen. Denn dann erkennen wir, wie diese Ausdrücke von vorn herein lediglich die entsprechenden Lebensverhältnisse bezeichneten, dagegen der Begriff der Fähigkeit zur Reproducirung dieser Verhältnisse

sich noch nicht in dem von dem Worte umschlossenen Gedankenstoffe abgeklärt hatte. Vielmehr entsprach es der Vorstellungsweise der alten Roma, oder vielmehr des alten Italiens, die Fähigkeit zur Reproducirung jener Lebensverhältnisse als ein Innehaben dieser selbst sich zu denken und demgemäß auch die Verleihung solcher Fähigkeit als Verleihung des Lebensverhältnisses an sich aufzufassen. Mit einem Worte: das Lebensverhältniß war für jenes Zeitalter der metaphysische Repräsentant der entsprechenden Fähigkeit und identificirte sich gewissermaßen mit der Letzteren (§. V. unter A, 2.). Erst eine verhältnißmäßig späte Zeit ward des conubium, commercium und der actio als einer Fähigkeit, als facultas oder ius, bestimmter und deutlicher sich bewußt, und lernte diesen neuen Begriff als etwas Selbstständiges erkennen und von dem Begriffe des Lebensverhältnisses als Besonderes scheiden. Diese Erkenntniß selbst aber solcher doppelten Beziehung welche hinter den Ausdrücken conubium, commercium und actio sich barg, ergab sodann weiterhin für den durch jene Analyse ausgeschiedenen neuen Begriff die Bezeichnungen ius conubii, ius commercii, ius actionis und ähnlich, woneben jedoch immer auch die alte Ausdrucksweise selbst als die Herrschende noch sich fortererbte.

Endlich auch erkennen wir, indem wir von der Annahme ausgehen, daß die Rechtsfähigkeit der Person auf dem Gebiete des Rechtsgeschäftes durch die Ausdrücke conubium und commercium repräsentirt werde, damit zugleich an, daß der einheitliche Begriff solcher Rechtsfähigkeit den Römern fehlte, vielmehr die durch Scheidung einer doppelten Art der Rechtsgeschäfte selbst gegebenen beiden Begriffe die Stelle der mangelnden logischen Einheit vertraten. Allein die Erklärung hierfür liegt darin, daß beide Begriffe erst dann sich bilden mochten, als sie durch das Bedürfniß einer rechtlichen Ordnung des Verkehres mit den Bürgern der benachbarten Staaten deutlicher in das Bewußtsein traten. Denn in einem solchen Verkehre mußten sofort zwei Gruppen von Geschäften deutlich wahrnehmbar sich scheiden: Ehe und Geschäft des Vermögensverkehres, und aus diesem Gegensatze ging dann in selbstgegebener Consequenz der doppelte Begriff von conubium und commercium hervor, der den gegebenen Verhältnissen genügend entsprechen mochte und das Bedürfniß nach einer logischen Einheit, welche beide Begriffe sich unterordnete, nicht entstehen ließ.

Was endlich den Begriff der testamentifactio insbesondere betrifft, so fällt derselbe in seiner Entstehung allerdings einem Zeitalter anheim, dem die oben dargelegte primitive Anschauung nicht mehr ausschließlich eigen war. Allein daß man auch in dieser Beziehung keinen Anstand nahm, die Fähigkeit der Theilnahme an einem Rechtsverhältnisse durch einen Ausdruck zu bezeichnen, der an sich nur den Act der Begründung solchen Verhältnisses repräsentirt, dies haben wir auch hier auf die Macht des Ueberlieferten zurückzuführen, sei es, daß wir den verwandten anderweiten Terminologieen, oder der von Alters her noch fortgeerbten Anschauungsweise selbst diese Macht beimessen. Andrerseits dagegen können wir der legisactio die nämliche Anschauung unterlegen, wie der actio selbst, obgleich dort die Dürftigkeit der Quellen unsere Wahrnehmung erschwert. Bezüglich beider Ausdrücke aber, legisactio wie actio, dürfen wir annehmen, daß hinter ihnen die Begriffe Klagformular, Klage im civilprocessualischen und im civilrechtlichen Sinne von vorn herein indistinct zusammenflossen, und erst später eine Scheidung dieser Begriffe, wie die weitere Entwickelung sich bewerkstelligte, die wir in §. XXVI darlegten; vgl. §. XXVIII.

## §. XXXI.

Mit den gewonnenen Resultaten ist die Aufgabe, welche diese Beilage sich stellte, gelöst: sie sollte zunächst eine Wesenbestimmung der für das römische Staats- und Rechtsleben so wichtigen Begriffe von conubium, commercium und testamentifactio, wie von recuperatio, actio und legisactio geben, und namentlich die Irrthümer vernichten, welche in der modernen Auffassung jener Verhältnisse zu Tage treten. Indem diese Aufgabe gelöst wird, ergiebt sich sodann zugleich, daß das conubium und commercium, wie testamentifactio nicht dem Gebiete der Rechtsfähigkeit i. e. S., sondern lediglich dem Gebiete der Handlungsfähigkeit anheimfallen, während actio und im Wesentlichen auch legisactio dem Gebiete der Rechtsfähigkeit i. e. S. und der Proceßfähigkeit zu überweisen sind und somit als absolut wesentliche Ergänzung von conubium und commercium sich darstellen und historisch bedingt, wie auch gegeben sind. Da nun aber eine Beobachtung des Verhaltens von conubium und commercium einestheils, wie von actio anderntheils zur Rechtsfähigkeit i. w. S. ferner ergiebt, daß nach



ältester römischer Anschauung jene Beiden allein die Handlungsfähigkeit, die actio aber die Rechtsfähigkeit i. e. S. und die Proceßfähigkeit repräsentiren, so war auch die Anschauung darzulegen, auf welcher diese Erscheinung beruht. Diese Anschauung selbst aber mußte wiederum auf ein höheres, allgemein wirkendes Gesetz zurückgeführt werden, als dessen besondere Kundgebung sie erscheint, daher endlich auch dieses Gesetz darzulegen und seine Wirkung wenigstens in einigen anderen weiteren Erscheinungen anzudeuten war.

Alle diese Punkte hat unsere Beilage berührt, in einer Linie freilich, welche nicht durch das Gesetz jener inneren Folge, sondern durch andere Rücksichten bestimmt wurde.

Mit Alle dem würde nun die Aufgabe beendet sein, welche dieser Beilage zufiel, wenn es nicht angemessen erschiene, zum Schluß theils noch eine Stelle zu betrachten, welche für das von uns gewonnene Resultat von höchstem Interesse ist: Liv. XXXV, 7., theils auch einen Blick zu werfen auf die Stellung, welche in neuerer Zeit in der Lehre vom römischen Rechte der von uns behandelten Materie zu Theil geworden ist.

Indem wir daher zunächst Liv. XXXV, 7. uns zuwenden, so berichtet derselbe aus dem Jahre 561 d. St. Folgendes:

> Instabat enim cura alia, quod civitas foenore laborabat, et quod, quum multis foenebribus legibus constricta avaritia esset, via fraudis inita erat, ut in socios, qui non tenerentur iis legibus, nomina transcriberent. Ita libero foenore obruebant debitores. Cujus coërcendi quum ratio quaereretur, diem finiri placuit feralia, quae proxime fuissent: „ut, qui post eam diem socii civibus Romanis credidissent pecunias, profiterentur; et ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor vellet legibus, ius creditori diceretur.“ Inde, postquam professionibus detecta est magnitudo aeris alieni, per hanc fraudem contracti, M. Sempronius tribunus plebis ex auctoritate Patrum plebem rogavit plebesque scivit: „ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae ius idem, quod cum civibus Romanis, esset.“

In dieser Stelle dürfen wir folgenden Sachverhalt erkennen: die Bürger der föderirten Staaten, welche in großer Anzahl in

Rom domicilirten,[71]) schlossen daselbst Litteralcontracte mit röm. Bürgern in der Weise ab, daß sie in Creditverhältnisse zwischen civis und civis durch transcriptio, sei es a re in personam, sei es a persona in personam als Gläubiger eintraten, dabei jedoch den Contocorrente-Capitalposten nicht übernahmen, ohne gleichzeitig Procente durch scriptio sich auszubedingen, deren Betrag das zwischen den cives selbst gesetzlich gestattete Zinsenmaaß überstieg. Bei Fälligkeit dieser Contocorrente-Forderungen klagten dieselben sodann das Capital nebst den nach ius civile Romanorum wucherischen Zinsen beim praetor peregrinus mittelst condictio certae pecuniae vom Schuldner (einem civis Romanus) ein.

Dieser Thatbestand, welcher ganz unzweideutig in der Darstellung des Livius zu erkennen ist, enthält die auf den ersten Blick höchst auffällige Erscheinung, daß die Latini und sonstigen foederati einerseits dem ius civile Romanorum und der römischen iurisdictio unterlagen, insofern nämlich als theils die betreffenden Rechtsgeschäfte, weil auf römischem Territorium abgeschlossen, in den Requisiten ihrer Entstehung, somit namentlich nach Form: dem Litteralcontracte, wie auch in ihrer Wirkung: der condictio, der Normirung durch das ius civile Romanorum unterlagen, daher denn, wie gedacht, ebensowohl die actio im materiellen Sinne aus solchen Geschäften die condictio des ius civile Rom. war, wie auch die actio im processualischen Sinne dem von Rom festgesetzten Proceßrechte und der röm. Jurisdiction unterlag; daß

71) Savigny, System § 356. versteht zwar unter den socii und nomen Latinum die Einwohner benachbarter Staaten; allein weder ist diese Annahme dem von Liv. erzählten Hergange der Sache angemessen, noch ist dieselbe durch irgend welche Gründe geboten. Vielmehr können in der Hauptsache nur Einwohner von Rom selbst verstanden werden. Vom Jahr 550 bis 567 d. St. waren aber nicht weniger als allein 12000 Latiner nach Rom übergesiedelt (Liv. XXIX, 3.), so daß im J. 561. die Anzahl sämmtlicher in Rom domicilirender foederati bereits sehr beträchtlich sein mochte (iam tum multitudine alienigenarum urbem onerante; vgl. auch Thl. II. §. 74.). Selbstverständlich waren dieselben auf Handel und Handwerk angewiesen, daher ihre Beziehung zu den Banquiergeschäften. — Eine Anspielung auf die dem obigen Gesetze vorausgehenden Vorgänge findet sich übrigens bei Plaut. Curc. IV, 2, 23. sq., wo bezüglich der Wucherer gesagt wird: Rogationes plurimas propter vos populus scivit, Quas vos rogatas rumpitis, aliquam reperitis ripam; vergl. Teuffel im Rhein. Mus. N. F. Bd. VIII. 1853. p. 33. unter 6.

aber andrerseits auch wiederum dem ius civile Romanorum die Herrschaftsfähigkeit über diese Latini und socii insofern mangelte, als die Letzteren durch das bestehende römische Wuchergesetz nicht für gebunden erachtet wurden, eine Erscheinung, die um so stärker hervortritt, als unsere eigene Gegenwart derartigen Gesetzen innerhalb des Territorium des Staates eine absolute Gültigkeit gegen Jeden beimißt und eine unbedingte Anwendbarkeit in den Gerichten des Staates vindicirt.[71a]) So erkennen wir aus dieser Stelle, wie die Föderirten durch das ius civile Romanorum gleichzeitig gebunden waren: um des ihnen zuständigen commercium, wie der actio des ius civile Romanorum willen; gleichzeitig aber auch nicht gebunden waren: weil sie peregrini waren und blieben. Diese Wahrnehmung leitet zu der Erkenntniß hin, daß commercium und recuperatio den Bürger des föderirten Staates auch beim Rechtsverkehre auf römischem Territorium lediglich innerhalb gewisser Gränzen der Herrschaft des ius civile Romanorum unterwarfen, während über diese Gränze hinaus das römische Recht machtlos war und trotz commercium und recuperatio machtlos blieb. Empfangen wir aber durch solche Wahrnehmung die Anregung, jene innere Gränzlinie festzustellen, innerhalb deren das commercium und die recuperatio bestimmend in den rechtlichen Verkehr zwischen cives und foederati eingreifen, so können wir diese Aufgabe ohne alle und jede Schwierigkeit lösen, so bald wir uns begnügen, den leitenden Gedanken in antiker Ausdrucksweise uns zu vergegenwärtigen; denn dann können wir jene Gränze auf die Linie verlegen, wo das commercium und die actio aufhörten, den Inhalt und Stoff des ius unter sich zu begreifen. Daher mögen

---

71a) Vergl. Savigny, System §. 349. A. 372. A. 374. Savigny selbst sucht obige Erscheinung durch die Bemerkung zu erklären, daß, da die Föderirten durch das positive Wuchergesetz nicht gebunden waren, gegen sie die Schuldner keinen Schutz hatten. Allein 1. betrachten die Römer das gesammte ius civile als das ganz eigentlich positive Recht, und gleichwohl band dasselbe innerhalb gewisser Gränzen die Föderirten; und 2. kehrt Savigny willkührlich die Positionen um, da er, bei der rein prohibitorischen Natur der Wuchergesetze, ganz im Gegentheile sagen müßte: da das Wuchergesetz als rein positiv die Bürger schützt, so wurde aus solchem Gesetze zwar den Bürgern gegen die Föderirten, nicht aber den Föderirten gegen die Bürger Schutz wider Wucher gewährt.

wir sagen, daß das commercium und die actio nicht das gesammte privatrechtliche ius civile, sondern lediglich denjenigen Bestandtheil der Institutionen und Satzungen desselben unter sich begriffen, der der Sphäre der Begriffe selbst von commercium und actio oder recuperatio unmittelbar sich unterordnete, so daß demgemäß der des commercium und der actio Theilhafte nicht der Herrschaft des privatrechtlichen ius civile in seiner Totalität unterlag, sondern lediglich insoweit, als commercium und recuperatio solche Unterordnung begrifflich bedingten, daher auch die leges, wie das ius civile ihn nicht banden, insoweit sie nicht die Rechtsmaterie betreffen, welche dem commercium und der actio sich unterordnet.

Dieser Satz, den wir bereits in Thl. II. §. 17. aprioristisch deducirten, erhält durch Livius seine bestimmte Bestätigung; denn wir ersehen, wie die foederati in dem Verkehre mit cives Romani nach ius civile Romanorum Litteralcontracte abschließen, weil diese der Sphäre des commercium zu überweisen sind (§. XV. unter 4.), und wie sie aus solchen die certae pecuniae condictio erwerben und vor dem praetor peregrinus anstellen, weil solche actio der Sphäre der recuperatio anheimfällt; dagegen die leges, welche das foenus über ein bestimmtes Zinsenmaaß hinaus verbieten, beherrschen und binden die foederati nicht und üben auf deren Contracte und Klagen keinen Einfluß aus, weil der Inhalt dieser leges keinen Rechtsstoff bildet, der der Sphäre des commercium und der recuperatio insbesondere sich unterordnete, indem vielmehr derselbe lediglich dem ius im Allgemeinen anheimfiel (vgl. Liv. l. c.: socios, qui non tenerentur iis legibus, sowie das argumentum e contrario aus der lex Sempronia selbst: ut cum sociis — ius idem, quod cum civibus Romanis esset). Alle diese Sätze ergeben sich, wie bemerkt, ganz unmittelbar aus obiger Stelle des Livius und ihnen entspricht auch, was Letzterer über die legislativen Maaßregeln berichtet, welche dem gegenüber Rom einschlug. Denn die Neuerung, welche gegenüber der durch die alte Rechtstheorie gegebenen Ordnung der Dinge das Senatusconsultum einführte in den Worten: ut ex ea die pecuniae creditae, quibus debitor vellet legibus, ius creditori diceretur, bestand darin, daß das S. C. den cives die Wahl frei stellte, im Rechtsverkehre mit den foederati innerhalb des röm. Territorii auch auf das betreffende ius civile peregrinorum sich zu berufen und diesem nach Belieben das Rechts-

verhältniß zur Beurtheilung zu unterstellen,[72]) während die Neuerung der lex Sempronia selbst: ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae ius idem quod cum civibus Romanis esset, darin bestand, daß sie den cives gestattete, im Creditverkehre mit den foederati auf das ius civile Romanorum sich zu berufen über die durch die Begriffe von commercium und recuperatio gegebene Rechtssphäre hinaus, innerhalb deren allein solches ius civile Anspruch auf Herrschaft über jenen Rechtsverkehr erheben konnte. Beide Bestimmungen aber haben wir anzuerkennen als Maaßregeln, die, durch Noth und Nützlichkeitsrücksichten geboten, den allgemeinen leitenden Grundsätzen des Rechtes widerstreiten: denn die erstere Bestimmung gestattet, ein ius civile peregrinorum im römischen Forum als maaßgebende Norm für den rechtlichen Verkehr zwischen cives und Föderirten anzuwenden, was a priori als völlig unstatthaft anzuerkennen war (Thl. II. §. 8. 90.); und die letztere Bestimmung enthielt sogar einen willkührlichen Eingriff in die Souveränität der foederati, insofern sie die cives der Letzteren der Herrschaft des ius civile Romanorum über die Gränze hinaus unterwarf, welche durch das foedus hierfür vereinbart war. Und indem dieser willkührliche Eingriff durch eine lex dauernd sancirt ward, so fällt derselbe somit unter die Classe der Maaßnahmen, deren wir in Thl. II. §. 10. und 101. gedachten und von denen wir hierselbst sagten, daß sie eine Verletzung der souveränen foederati in Italien von Seiten Roms enthielten.

Bis hierher also erachten wir, daß die Beurtheilung der obigen Stelle des Livius weder erhebliche Zweifel, noch Bedenken erregen wird; allein unabhängig von dem gewonnenen Resultate steht die weitere Frage, wie wir das Gebiet des commercium und der actio innerhalb des privatrechtlichen ius civile im Allgemeinen in einer abstracten Maaße abzugränzen haben, und hier ist es, wo die Schwierigkeit und der Zweifel sich erheben können. Hier aber glauben wir, der besprochenen Stelle als nothwendige Voraussetzung die Sätze unterlegen zu dürfen:

a. daß von Alters her das civile vermögensrechtliche Geschäft

---

72) Diese Maaßregel bestätigt die schon a priori zu statuirende Annahme, daß zu dem gleichen Zeitpunkte, wie Rom, auch die benachbarten italischen civitates unter dem Wucher litten, und daß hier, wie dort, gesetzliche Repressivmaaßregeln ergriffen waren.

lediglich in seinem als juristische Form sich darstellenden Bestandtheile, somit lediglich als Formalgeschäft der Sphäre des commercium sich unterordnete, daß es dagegen in Bezug auf den als gesetzlich normirter Inhalt sich darstellenden Bestandtheil, somit als materiales Geschäft nur der Sphäre des ius civile im Allgemeinen, nicht aber auch der Sphäre des commercium anheimfiel; so daß daher beim foenus in Form des Litteralcontractes der letztere mit den ihn betreffenden Normen iuris civilis und commercii, das foenus an sich dagegen mit seinen gesetzlichen Bestimmungen nur iuris civilis im Allgemeinen, nicht aber auch commercii war; sowie

b. daß von Alters her die actio bei dem civilen vermögensrechtlichen Geschäfte an den formalen, nicht an den materialen Bestandtheil des Rechtsgeschäftes als dessen Folge sich anknüpfte, somit dem Formalgeschäfte, nicht aber dem materiellen Geschäfte sich attribuirte, so daß daher beim foenus in Form des Litteralcontractes nicht aus dem foenus, sondern aus dem Litteralcontracte die Klage gegeben ward, und, wenn die Klage aus dem foenus gesetzlich reprobirt war, doch die condictio aus dem Litteralcontracte an sich vollkommen statthaft blieb, und lediglich ope exceptionis zu elidiren war. Gleichwie nun aber lediglich das Formalgeschäft, nicht auch das materiale Geschäft dem commercium anheimfiel, vielmehr letzteres lediglich dem ius civile im Allgemeinen angehörte, so gehört dementsprechend lediglich die actio aus dem formalen Bestandtheile des Geschäftes der recuperatio an, während die exceptio aus dem materialen Bestandtheile des Geschäftes lediglich dem ius civile im Allgemeinen, nicht aber dem durch die recuperatio beherrschten Gebiete desselben sich einordnete.

Beide Sätze aber beruhen ihrerseits wiederum auf der höheren Voraussetzung, daß von Alters her die Römer den Begriff des civilen Rechtsgeschäftes lediglich auf formale Criterien stützten, d. h. die wesentlichen Merkmale desselben demjenigen Bestandtheile des Geschäftes entlehnten, welcher als die solenne Form des Geschäftes sich darstellt, dagegen gegenüber jenem Begriffe für unwesentlich erachteten die materialen Merkmale, welche demjenigen Bestandtheile des Geschäftes anheimfielen, den wir als dessen juristisch wesentlichen Inhalt betrachten; denn diesfalls fiel selbstverständlich nur das Formalgeschäft, nicht aber das materiale Ge-

schäft dem commercium anheim, während in gleicher Weise die civile actio nur dem Ersteren, nicht dem Letzteren sich attribuirte. Allein dieses obere Dogma selbst, obgleich wir dasselbe bereits in Thl. II. §. 16. aussprachen, fällt doch zur tieferen Begründung dem Thl. III. unseres Werkes anheim. Wohl aber vermögen wir hier noch zur Bestätigung der Richtigkeit unserer Darstellung uns darauf zu berufen, daß nach jenem Zeitpunkte, wo Rom anfing in jener theoretisch nicht gerechtfertigten Weise die föderirten Peregrinen seinem eigenen ius civile auch über die durch commercium und recuperatio gegebene Gränze hinaus zu unterwerfen, wir die Wahrnehmung machen, daß in der Gesetzessprache das durch das Gesetz betroffene Subject als civis Romanus besonders bezeichnet wird, so in der lex Falcidia testamentaria (in Dig. XXXV, 2, 1. pr.) von 714:

c. I.: Qui cives Romani sunt, qui eorum post hanc legem rogatam testamentum facere volet, ut eam pecuniam easque res quibusque dare legare volet, ius potestasque esset, ut hac lege sequente licebit.

c. II.: Quicunque civis Romanus post hanc legem rogatam testamentum faciet, is quantam cuique civi Romano pecuniam iure publico dare legare volet, ius potestasque esto, dum ita detur legatum, ne minus quam partem quartam hereditatis ex eo testamento heredes capiant; etc.

und gleicher Maaßen in der lex Voconia v. J. 585.:

Qui centum milia aeris census esset, ne quis mulierem heredem institueret, und: Qui centum milia aeris census esset, ne quis plus legaret, quam ad heredem heredesve perveniret,

während den Gesetzen der früheren Zeit, wie der lex Aquilia de damno v. 467., und anderen Gesetzen der späteren Zeit, so dem S. C. Macedonianum, Hosidianum, Volusianum, Velleianum unter Claudius[72a]) u. a. eine derartige verbale Beziehung auf die römischen Bürger fehlte. Den Grund aber für diese Erscheinung werden wir darin zu erblicken haben, daß man die durch Maaß-

72a) Wegen der lex Vocon. vgl. Orelli, Onomast. Tull. III. im Ind. legg. s. v.; wegen der lex Aquilia: Dig. IX, 2, 2. pr., 17. §. 5.; wegen des S. C. Macedon.: Dig. XIV, 6, 1. pr.; wegen des S. C. Hosid. und Volusian.: Bachofen, ausgew. Lehren, p. 186. sq.; wegen des S. C. Vellei.: Dig. XVI, 1, 2. §. 1.

regeln, wie die lex Sempronia gestörte Ordnung der Verhältnisse in Bezug auf jene ersteren Gesetze aufrecht erhalten wollte, daher man dieselben ausdrücklich auf die römischen Bürger beschränkte, für welche allein auch solche Gesetze troß des bestehenden commercium und der recuperatio mit Peregrinen normaler Weise Anwendung zu erleiden hatten.

## §. XXXII.

Die Methode der Behandlung der von uns erörterten Begriffe Seitens unserer modernen Wissenschaft, welcher wir uns hiermit zum Schlusse zuwenden, datirt meines Wissens von Carolus Sigonius. Denn in dem zuerst im J. 1560 erschienenen Werke de antiquo iure civium Romanorum behandelte der Genannte seinen Stoff in der Weise, daß er das römische ius civile in seiner Beziehung zum Rechtssubjecte und somit nach den einzelnen, für das Letztere sich ergebenden persönlichen Befugnissen maaßgebend ins Auge faßte, dementsprechend diese Befugnisse theils als iura quae privatam rem und quae publicam rem attingunt classificirte und fernerweit den Ersteren das ius libertatis, gentilitatis, sacrorum, connubiorum, patrium, legitimi dominii, testamentorum u. tutelarum, den Letzteren dagegen das ius census, militiae, tributorum et vectigalium, suffragiorum und honorum unterordnete, endlich auch Jedem dieser iura eine besondere Darstellung widmete (vgl. l. c. cap. VI. sq.). Dieser Methode jenes ausgezeichneten Gelehrten schlossen sich die trefflichsten älteren Bearbeiter der röm. Rechtswissenschaft an, wie ein Spanheim, im orbis Romanus I. c. 1. sq., Heineccius, Antiqu. app. c. I §. 24. sq. und Treckell, Sel. antiqu. I, 4. §. 4. sq., nur in einzelnen Punkten Sigonius ergänzend und verbessernd.

Trotz der veränderten Methode nun, welche in neuester Zeit die Wissenschaft bei Behandlung der römischen Staats- und Rechtsverhältnisse einschlug, hat dennoch die Autorität der obgenannten Gelehrten vermocht, die obige Auffassungsweise auch bis auf unsere Zeit herab zu verpflanzen und die besten Werke unserer trefflichsten Zeitgenossen ahmen die Manier des Singonius insofern nach, als sie die Eintheilung der der civitas inliegenden einzelnen Befugnisse in iura publica und privata, wie eine Aufzählung derselben geben, dabei lediglich die Zahl dieser iura selbst

im Einzelnen beschränkend. So finden wir die Classification der durch die Civität gewährten Rechte in iura publica und privata ausgesprochen und den Ersteren das ius honorum und suffragii, den Letzteren das connubium und commercium untergeordnet von Böcking, Institutionen §. 33. und Schwegler, röm. Gesch. II. p. 316., während Becker, Handb. II, 1. p. 98. und Rein, römisches Privatrecht p. 43. 44., den iura publica noch das ius provocationis, endlich wiederum der Letztere in Realencyclopädie für class. Alterthumswiss. s. v. civitas denselben noch die Freiheit von allen entehrenden Strafen beizählt; dagegen Walter Gesch. des röm. Rechtes §. 331. nennt als gemeinschaftliche Befugnisse der Civität das connubium, commercium, den Schutz gegen Leibesstrafen und die Provocation.

Diese Manier der Darstellung, welche ganz wesentlich zu den oben in §. II. sq. bekämpften irrigen Begriffsbestimmungen von conubium und commercium beigetragen hat, ist nun allerdings an sich ganz wohl berechtigt; denn gleichwie ius civile und civitas als zwei correlate Begriffe sich darstellen, so muß es a priori auch zulässig erscheinen, die römischen Staats- und Rechtsverhältnisse beliebig entweder vom Gesichtspunkte des ius civile aus, oder vom Gesichtspunkte der civitas aus zu erörtern und darzulegen, d. h. wir dürfen jene Verhältnisse ebensowohl nach einem objectiven Gesichtspunkte: als Institut und Satzung, wie auch in ihrer Beziehung zu dem Individuum, somit als Befugniß, wie Verpflichtung der Person ins Auge fassen, welche aus der Institution und Satzung sich ergiebt. Den letzteren Weg hat, wie obgedacht Sigonius gewählt und in dem Wesen dieser Methode an sich liegt es und erscheint es als einfache Consequenz gerechtfertigt, daß z. B. das Steuer- und Militärwesen der Römer von dem Gesichtspunkte der entsprechenden Verpflichtung oder, wenn man will, eines ius census und militae, und daß das Comitialwesen, wie das Eigenthum vom Gesichtspunkte eines ius suffragii und legitimi dominii aufgefaßt werde. Denn wenn auch hierbei mit Recht der Zweifel sich erheben läßt, ob überhaupt diese Methode geeignet sei, die römischen Verhältnisse in wissenschaftlich genügender und erschöpfender Weise darzulegen, so schwindet doch, sobald überhaupt jene Methode einmal beliebt wird, jedes Bedenken, über die Statthaftigkeit der Annahme jener einzelnen, der Civität inliegenden Befug-

nisse und Verpflichtungen, ja es wird vielmehr zur Aufgabe, für jede Institution eine entsprechende Befugniß oder Verpflichtung des Subjectes aufzufinden, damit auf diesem Wege der Kreis der röm. Staats- und Rechtsverhältnisse in Wahrheit erschöpft werde.

Die Wissenschaft der Gegenwart hat jedoch die Methode des Sigonius mit Recht als ungeeignet verworfen, vielmehr einer Darstellung der römischen Staats- und Rechtsverhältnisse nach objectivem Gesichtspunkte sich zugewendet. Hiermit aber fällt zugleich die Nothwendigkeit weg, die der Civität inliegenden einzelnen Befugnisse herzuzählen, weil es ganz selbstverständlich ist, daß jedem Institute und jeder Satzung eine adäquate Befugniß oder Verpflichtung des Subjectes entspricht, insoweit überhaupt dem Institute und der Satzung irgend welche derartige Beziehung zum Individuum abzugewinnen ist. Wenn es daher bei der von unserer Wissenschaft gewählten Methode der Darstellung der römischen Staats- und Rechtsverhältnisse im Allgemeinen ungeeignet erscheint, auf eine Aufzählung der der Civität inliegenden einzelnen Befugnisse einzugehen, so greift nun zwar eine andere Rücksicht wiederum insofern Platz, als einzelne jener Befugnisse eine besondere historische Bedeutung dadurch gewinnen, daß sie von der Civität selbst in einzelnen Fällen abgelöst und einerseits dem Peregrinen übertragen, andrerseits dem civis entzogen werden, so die Fähigkeit für Bekleidung der Magistratur, das Stimmrecht in den Comitien, das ius togae, das conubium, commercium, testamentifactio, das Klagrecht; allein wenn immer auch diese historischen Verhältnisse eine besondere Hervorhebung dieser Rechtspartieen rechtfertigen, ja angemessen erscheinen lassen,[73] so wird doch dieses Verfahren wiederum zum offenbaren Fehler, sobald jene rein historische Veranlassung zu solcher Erwähnung übersehen und der Irrthum erzeugt wird, als ob jene einzelnen Befugnisse das ganze subjective Correlat der auf die Person bezüglichen Staatsinstitutionen umfaßten, da doch in Wahrheit die Letzteren durch die Ersteren nicht in der erforderlichen Weise gedeckt werden (Thl. II. §. 13.).

Für nicht minder unstatthaft aber müssen wir es erklären, wenn

73) In dieser Weise hat sich auch Burchardi, Lehrb. d. röm. Rechtes, I. §. 5. gehalten.

man jene Befugnisse als Rechte des römischen Bürgers auffaßt und darstellt. Vielmehr sind dieselben in Wahrheit lediglich Befugnisse, welche einzelne Bestandtheile der civitas bilden. Die Wesenheit eines Rechtes dagegen im streng wissenschaftlichen Sinne und damit den Character eines selbstständigen juristischen Gebildes erlangen vielmehr conubium und commercium, in gleicher Weise wie z. B. die Befugniß zum Tragen der Toga erst dadurch, daß sie aus der Fülle des Gesammtinhaltes der civitas herausgegriffen und auf Nicht-cives übertragen werden, indem sie hierdurch erst in dem Letzteren zum Rechte des conubium und commercium, wie zum Rechte der Toga sich concentriren und umgestalten. Es waltet somit in dieser Beziehung genau das gleiche Verhältniß ob, wie wenn dem Eigenthümer zwar die Befugniß zur Benutzung und Fruchtziehung von seiner Sache, nicht aber der usus fructus als selbstständiges Recht zusteht, da vielmehr jene Befugniß nur dann zum Rechte im wissenschaftlichen Sinne sich gestaltet, wenn sie vom Eigenthümer abgehoben und auf den Dritten, als Usufructuar übertragen wird.

Diese Bemerkungen aber werden genügen, um zu zeigen, wie mannichfache Irrthümer sich in der modernen Wissenschaft bei Behandlung der obigen Begriffe eingeschlichen haben.

---

## Beilage XIII.

### Ueber die dem conubium, commercium und der recuperatio entsprechenden Verhältnisse in den griechischen und hellenistischen Rechten.

---

#### §. I.

Für das römische Privatrecht fixiren sich die leitenden Grundideen, die der Ausführung des zweiten Bandes zu Grunde liegen, dahin: das ius civile Romanorum ist von Vorn herein das einzige römische Privatrecht und dieses unterliegt in seiner Totalität dem Principe der personalen Herrschaft des Gesetzes (Thl. II. §. 6.).

Dieses Princip tritt zu Rom zu Tage als System der nationalen Herrschaft des Rechtes im Allgemeinen, wie des Privatrechtes im Besonderen: den Anknüpfungspunkt für die Verbindung des ius civile Romanorum mit der Person bietet die Civität des Subjectes (Thl. II. §. 11). Von diesem Systeme, nicht aber von jenem Principe wird jedoch bereits von Alters her eine Modification zugelassen: neben die römische Civität tritt auf Grund des Staatsvertrages auch die peregrine Civität als ein Medium der Verknüpfung jenes Rechtes mit dem Subjecte (Thl. II. §. 14.). Allein diese Ablösung des ius civile Romanorum von der civitas Romana ist lediglich eine partielle, nicht aber eine extensiv unbeschränkte: nicht an dem gesammten privatrechtlichen ius civile Romanorum wird durch jene foedera die Theilnahme dem Peregrinen eingeräumt, vielmehr gränzen sich innerhalb jenes Rechtes drei verschiedene Massen ab, welche durch die Begriffe conubium, commercium und recuperatio, oder conubium, commercium und actio determinirt werden (Thl. II. §. 12. 16.). Nur der von dieser dreitheiligen Begriffsgruppe umschlossene Rechtsstoff aber ist es, der durch Staatsvertrag dem Peregrinen zugängig gemacht wird, während alle darüber hinaus liegende Materie der Theilnahme des Letzteren sich entzieht (Thl. II. §. 13. 17. sq.). Wenn daher neben dem commercium das römische Staats- und Rechtsleben auch noch das commercium agrorum als vierten Kreis privatrechtlicher Rechtsfähigkeit erkennen läßt, so ist, abgesehen davon, daß dieser Begriff selbst erst einer späteren Periode seine technische Ausbildung zu verdanken scheint, auch die dadurch begränzte Partie privatrechtlicher Rechtsfähigkeit von den Römern niemals auf Peregrinen durch Staatsvertrag übertragen worden (Thl. II. §. 17. 91.).

Jene principale Fundirung des ius civile auf das System der nationalen Herrschaft des Rechtes ward nun von Rom Zeit seines Bestehens niemals aufgegeben und hierauf in Verbindung mit dem weiteren Umstande, daß jenes System nur den ersten nationalöconomischen und culturhistorischen Perioden im Leben der Völker: nur der Periode der äußeren Isolirtheit und nur der Viehwirthschafts- und Agriculturperiode zu genügen vermag, dagegen beim Uebertritte in die Periode des internationalen Verkehres und in die Mercantil- und Industrieperiode absolut ungenügend, ja unverträglich sich erweist; jene beiden Momente, sagen

wir, erklären und bedingen als Consequenz die doppelte Erscheinnung, daß einmal jene Modificationen des Systemes der nationalen Herrschaft des ius civile bis auf Caracalla herab in practischer Bedeutung und theoretischer Gültigkeit sich erhielten (Thl. II. §. 91.); sodann aber auch, daß Rom, indem es in den Zauberkreis des hellenistischen Weltlebens hineintrat und damit in die wirbelndste Fluthung des internationalen Verkehres und des mercantilen Lebens hineingerissen wurde, die Nöthigung empfing, neben seinem ius civile ein ganz neues Recht zu construiren, ein Recht, welchem der Beruf zufiel, den Anforderungen und Bedürfnissen jenes viel- und weitbewegten Lebens Genüge zu thun. Dies aber ist das privatrechtliche ius gentium, dessen erste Ansätze zwar zu dem hervorgehobenen Zeitpunkte bereits gegeben waren, ins Dasein gerufen durch wesengleiche, obwohl diminutivere Ursachen, als solche durch den Eintritt in die Sphäre des hellenistischen Lebens geboten waren, dessen wahre Ausbildung und dessen entscheidendes Eingreifen in den Verkehr jedoch erst von dem angegebenen Zeitpunkte datirt (Thl. II. §. 80. sq.).

Dieses ius gentium stellt sich aber den Römern dar als ein ius commune omnium [liberorum] hominum, und diese Characterisirung in Verbindung mit der Thatsache, daß jenes ius gentium in Wahrheit römisches Recht war, führt nun uns selbst zu der Erkenntniß hin, daß in diesem privatrechtlichen ius gentium das römische Recht und zwar vornämlich auf dem Gebiete des Vermögensverkehres unter Lebenden seinen Uebergang bewerkstelligte zu dem Principe der localen Herrschaft des Rechtes: das privatrechtliche ius gentium war römisches Recht; es fand das Medium seiner Verknüpfung mit dem Rechtssubjecte, dem liber homo, in dessen Verweilen innerhalb der Gränzen des römischen Reiches; es stellte sich daher als herrschende Norm über jeden Freien, der das römische Territorium betrat; dagegen seine Nichtgültigkeit in fremden Staaten hob sein Wesen als ius gentium nicht auf; und um deßwillen stand es in Wahrheit auf dem Boden jenes Principes der localen Herrschaft des Gesetzes (Thl. II. §. 85.).

Wenden wir nun unseren Blick den entsprechenden Verhältnissen des Griechenthumes zu, so stellen wir drei Punkte fest, in denen die Entwickelung des griechischen Lebens die nämliche ist, wie im römischen Leben, und zwei andere Punkte, in denen eine Ver-

schiedenheit obwaltet. Jene Uebereinstimmung beruht darin, daß theils das Griechenthum, genau wie das Römerthum, von dem Systeme der nationalen Herrschaft des Rechtes ausgeht; theils Modificationen von diesem Systeme zuläßt, welche in gleicher Weise sich offenbaren, wie in dem conubium, commercium und der recuperatio der Römer; theils endlich, daß das Griechenthum den nämlichen Uebergang von dem Principe der personalen Herrschaft des Rechtes zu dem Principe der localen Herrschaft bewerkstelligt. Dagegen jene Verschiedenheit beruht darin, daß wir im griechischen Leben theils mehrfach eine Uebertragung des commercium agrorum auf den Peregrinen vorfinden, die dem römischen Leben fremd ist; theils daß die Modalität des Ueberganges von dem Principe der personalen zu dem der localen Herrschaft des Rechtes eine andere ist.

Die Darlegung dieser fünf Punkte bildet die Aufgabe der gegenwärtigen Beilage, welche wir zunächst mit Feststellung der einschlagenden Begriffe beginnen.

## II.

Wie in Bezug auf das ius civile Romanorum, so wird auch von den Griechen von Alters her die Rechtsfähigkeit in Bezug auf ihr Recht den Bürgern peregriner Staaten durch Staatsvertrag, wie in anderer Weise übertragen. Und da diese Staatsverträge selbst σύμβολα genannt werden, so ist die Rechtsgemeinschaft, welche als Wirkung und Mitzweck zu solchen Verträgen sich verhält, eine κοινωνία ἀπὸ συμβόλων und eine μετοχὴ τῶν δικαίων.[1]

Als das Objekt solcher κοινωνία oder μετοχὴ stellt sich dar das ius civile des betreffenden Staates, allein solches Recht nicht in seiner Einheitlichkeit und Gesammtheit, vielmehr nach einzelnen

1) Vergl. hierüber: Meier u. Schömann, attischer Proc. p. 773—780. Hüllmann, Handelsgesch. p. 193. sq. Wachsmuth, Hellen. Alt. Kde. I, 170. sq. Hermann, gr. St. Alt. §. 116. Privat. Alt. §. 55. not. 82. Wegen σύμβολον vergl. insbes. Hermann l. c. not. 10. und Sell, Recuperat. p. 10. sq. und dazu namentlich noch Dionys. Exc. leg. p. 2314. Reisk. Wegen κοινωνεῖν ἀπὸ συμβόλων und μετέχειν τῶν δικαίων s. namentl. Arist. Pol. III, 1, 3. 5, 12., sowie not. 2.; es ist dies der Begriff der communio iuris der Römer; Arist. l. c. sagt auch μετέχειν τῆς κοινωνίας. — Ueber die im Obigen an sich nicht in Betracht kommende Vereinigung mehrerer Bürgerrechte in Einer Person bietet brauchbares Material: Spanheim, Orb. Rom. p. 18. sq.; für die spätere Zeit: Kuhn, Beiträge p. 33.

Partieen zerlegt und abgegränzt. Denn wenn auch das griechische Alterthum mitunter dem Peregrinen eine μετοχὴ καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων πάντων einräumt, so ist doch hierbei zu berücksichtigen, daß theils dieser Ausdruck nur als Generalclausel in den betreffenden Urkunden erscheint, neben welcher stets eine Verlautbarung einzelner Stücke der Verleihung hergeht und die somit nur in complementärer Weise das Verliehene zusammenfaßt, theils aber auch, daß jene Clausel sich nur in Urkunden vorfindet, welche die Isopolitie verleihen, ja daß dieselbe ganz eigentlich eine Umschreibung des Begriffes der Isopolitie enthält.[2]) Im Uebrigen dagegen scheidet solche Verleihung ihr Object in gewisse Partieen, welche unter besonderen Benennungen dem Peregrinen übertragen werden. Die hierdurch gegebenen Massen des Rechtsstoffes fallen aber einem dreifachen Gebiete des civilen Rechtes anheim: theils dem ius publicum, theils dem ius sacrum, theils dem ius privatum. Dem ius publicum insbesondere gehören an: die ἀτέλεια, ἰσοτέλεια, προεδρία, τιμία, ἐπιτιμία, εὐεργεσία und dergl., Begriffe, welche je nach der Verschiedenheit der Anschauung, wie der Staatsverfassung bezüglich der verschiedenen Staaten eine andere practische Bedeutung gewinnen und welche in dieser ihrer sachlichen Beziehung zum Theil noch nicht eine genügende wissenschaftliche Feststellung erfahren haben.[3])

Sodann das ius sacrum tritt in der hier fraglichen Beziehung im griechischen Staatsleben bedeutend zurück, sei es nun, daß hierin das Bedürfniß der Mittheilung der bezüglichen Rechtsfähig-

---

2) Dies ergiebt sich namentlich aus dem Vertrage unter sub no. 3.: Ἱεραπυτνίοις καί Πριανσίοις ἦμεν παρ᾽ ἀλλάλοις ἰσοπολιτείαν καὶ ἐπιγαμίας καὶ ἔνκτασιν καὶ μετοχὰν καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων πάντων.· aus der Verleihung der Isopolitie Seitens der Parier an die Allarioten in C. I. Gr. n. 2557. lin. 15—19.: εἶμεν δὲ Ἀλλαριώταις καὶ Παρίοις ἰσοπολιτείαν, μετέχωσιν τῷ τε Ἀλλαριώτα ἐμ᾽ Πάρῳ καὶ θεἰνων καὶ ἀνθρωπίνων, ὡσαύτως δὲ καὶ τῷ Παρίῳ ἐν Ἀλλαρίᾳ μετέχωσι καὶ θεἰνων καὶ ἀνθρωπίνων. Hiernach ist abzuschätzen und zu beurtheilen diese Clausel in dem Vertrage sub. no. 2.: τῷ Λατίω ἢ τῷ Ὀλοντίῳ τῷ βουλομένῳ μετοχὴν ἦμεν θεἰνων καὶ ἀνθρωπίνων πάντων ἐν ἑκατέρᾳ τᾷ πόλει, sowie in dem Decrete sub no. 4.: Μάγνησιν ἀτέλειαν καὶ προεδρίαν καὶ ἐπιγαμίαν καὶ ἔνκτησιν καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων μετοχάν.

3) Wegen der ἀτέλεια vergl. Hermann, gr. St. Alt. §. 116. not. 5.; wegen der ἰσοτέλεια ebendas. not. 1.; wegen der προεδρία, ebendas. not. 1. §. 127. not. 8. §. 129.; wegen der τιμή u. ἐπιτιμία ebendas. §. 52. not. 7. u. §. 124.

keit an den Peregrinen sich überhaupt nicht so stark geltend machte, als bezüglich des ius publicum und privatum, oder daß bereits jenes Stück aus dem Kreise der übertragenen Rechtspartieen hinwegfiel, weil die Theilnehmer am ius sacrum, und namentlich an den sacra auch ohne besondere Verleihung dem Peregrinen eröffnet wurde. Doch weist nicht allein die μετοχὴ τῶν θείων (not. 2.) darauf hin, daß auch auf dem Gebiete des ius sacrum das griechische Alterthum eine Uebertragung an Peregrinen anerkannte, sondern es gehören hierher auch die προμαντεία und die θεαροδοκία von Delphi, sowie das Psephisma in C. I. Gr. no. 1193.

Endlich die einzelnen Stücke des ius privatum, welche auf den Peregrinen übertragen werden, sind in §. III. besonders in Betracht zu ziehen.

Neben allen diesen je besondere Partieen der Rechtsfähigkeit repräsentirenden Begriffen finden wir aber auch in den betreffenden Urkunden noch Begriffe allgemeinerer Beziehung, welche über jene engeren Gränzen speciellerer Rechtspartieen hinausgreifen und zu dem Rechte in seiner Totalität in einem Verhältnisse annäherungsweiser oder vollkommener Relation stehen; hierher gehört theils die bereits besprochene Clausel der μετοχὴ καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων πάντων, theils der Begriff der ἐπινομία, welcher sich z. B. in der Proxenie der Lacedämonier für den Philo (no. 16), in der Proxenie von Stiris (no. 18), in den Bürgerbriefen von Lamia, wie von Thaumacia (bei Le Bas, Inscr. Gr. et Lat. P. III. no. 1140. 1142 — 1146. 1182 — 1184.) u. ö. vorfindet, und der die Theilnahme an dem auf dem νόμος im Gegensatze zum ἄγραφον beruhenden Rechte insbesondere festzustellen scheint, theils endlich die Clausel: ὅσα τοῖς ἄλλοις προξένοις πάντα, welche in der nämlichen Proxenie von Stiris, wie sonst noch sehr häufig sich vorfindet und die Theilnahme an Demjenigen dem Peregrinen zusichert, was, ohne besonders benannt zu sein, doch als regelmäßige Pertinenz der Proxenie im Leben und Verkehre zugestanden wird.

Alle die betrachteten Begriffe haben wir als technisch juristische aufzufassen, indem das Denkobjekt, welches durch dieselben repräsentirt wird, ein Rechtsinstitut oder Rechtsverhältniß ist, damit aber jenen Begriffen selbst eine organische und systematische Stellung in Bezug auf die Rechtsordnung des Staates zukömmt. Allein die Hinneigung zur Tautologie und zum Pleonasmus,

welche, wie die solenne Rechtssprache überhaupt, so vornämlich die juristische Ausdrucksweise jugendlicher Völker beherrscht, macht auch in der hier fraglichen Beziehung insofern sich geltend, als neben jenen systematischen und technischen Ausdrücken auch rein vulgäre und unsystematische Begriffe in die Redeweise der betreffenden Urkunden hereingezogen werden. Und hierher gehören namentlich die Bezeichnungen ἀσυλία und ἀσφάλεια,[3a]) welche sehr häufig, sei es alternativ, sei es cumulativ sich vorfinden, oder auch voller: ἀσυλία καὶ τῷ δεῖνι καὶ χρήμασι, wozu dann etwa auch noch: καὶ κατὰ γῆν καὶ κατὰ θαλάσσην, wie z. B. in der Proxenie der Opuntii unter no. 26, in den Proxenieen von Tanagrae unter no. 17 u. a. m., wozu dann mitunter noch beigefügt ist: καὶ ἐν πολέμῳ καὶ ἐν εἰρήνῃ, wie in der Proxenie von Megara unter no. 17a u. ähnlich von Acarnnaia unter no. 15. Allein indem Sicherheit an Person, wie Habe weder ein Rechtsinstitut, noch auch ein juristisches Verhältniß ist, vielmehr lediglich als allgemeine Wirkung der besonderen Rechtsinstitute und Satzungen sich darstellen, so haben wir nun anzuerkennen, daß jene Begriffe unmittelbar und explicite Rechtsverleihungen nicht aussprechen, vielmehr lediglich mittelbar und implicite dieses thuen, insofern als sie einen Zustand und ein Verhältniß garantiren, welches selbst zu seiner nothwendigen Voraussetzung die Theilnahme an gewissen Rechtsinstitutionen und Satzungen des Staates hat, während die juristische Beschaffenheit solcher Theilnahme selbst dabei an sich wiederum völlig unbestimmt bleibt.

Indem wir nun nach dieser allgemeinen Feststellung der in dem hier betrachteten Gebiete ständigen Begriffe unserer besonderen Aufgabe uns zuwenden können, so heben wir schließlich noch hervor, wie unsere Quellen ebensowohl der Litteratur, wie vornämlich auch der Epigraphik anheimfallen, in letzterer Beziehung aber die in Betracht zu ziehenden Urkunden in sechs verschiedene Klassen sich scheiden, theils nämlich foedera zwischen zwei civitates, theils einseitige Decrete der einen civitas zu Gunsten einer anderen, theils Proxenieen, d. h. Erlasse der Staatsgewalt, durch welche einem Peregrinen das hospitium publicum ertheilt wird, theils Decrete,

3a) Wegen ἀσφάλεια in den Papyrusurkunden vergl. Schmidt, die griech. Papyrusurk. p. 337. Umschreibung des Begriffes s. bei Andoc. c. Alcib. p. 121. Wegen der ἀσυλία s. not. 26.

durch welche die mit der Proxenie regelmäßig verbundenen Rechte, jedoch ohne Jene, einem Privaten verliehen werden, theils Bürgerbriefe für Peregrinen, theils endlich Urkunden, welche mit Verleihung der Proxenie die der Isopolitie oder Politie verbinden.

## §. III.

Zu unserer besonderen Aufgabe übergehend, haben wir, sobald wir von der Annahme einer analogen Gestaltung der griechischen und römischen Verhältnisse uns leiten lassen, a priori eine Zerlegung der gesammten privatrechtlichen Rechtsfähigkeit in vier verschiedene Kreise zu statuiren: Fähigkeit zur Vollziehung des die Ehe betreffenden Rechtsgeschäftes, Fähigkeit zur Vollziehung des vermögensrechtlichen Geschäftes im Allgemeinen, Fähigkeit zur Vollziehung des das Grundeigenthum vermittelnden Rechtsgeschäftes und endlich die Klagfähigkeit.

Die Erste dieser vier verschiedenen Partieen der Gesammtsphäre privatrechtlicher Rechtsfähigkeit tritt in dem griechischen Alterthume deutlichst erkennbar uns entgegen unter der Bezeichnung ἐπιγαμία oder ἐπιγαμίαι, wofür nach dem Glossar. Labbaei wenigstens die spätere Gräcität auch συγγαμία brauchte, eine dem römischen conubium linguistisch vollkommen analoge Bildung. Und in entsprechender Weise finden sich für das dritte Stück die Bezeichnungen ἔγκτησις oder ἔμπασις oder ἐπαρχὴ τῆς γῆς καὶ τῆς οἰκίας (commercium agrorum aediumque), oder ἔμπασις τῆς οἰκίας, oder ἔγκτησις, ἔμπασις schlechthin, wohl auch οἰκίας ὤνησις und ἐπεργασία.[4]) In beider Beziehung begegnen wir daher hier Bezeichnungen, welche einen streng technischen Character an sich tragen und einheitliche Begriffe repräsentiren, die das betreffende Stück der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit in seiner Gesammtheit unter sich begreifen. Ein anderes Verhältniß tritt uns jedoch bereits

4) Ἔγκτησις ist die regelmäßige Bezeichnung; ἔμπασις fand ich in den unten no. 9. 17. 18. mitgetheilten Urkunden, in Rhein. Mus. N. F. II. 1843. p. 107., in C. I. Gr. no. 1563—1565., wozu vgl. Böckh, C. I. Gr. I. p. 725., bei Le Bas, Inscr. P. II. no. 26. 29. III. no. 455. 469. 497. 498. 630. 631. und bei Pausan. VII, 16. 96.; γῆς καὶ οἰκίας ἐπαρχὴ findet sich in Proxenieen von Megara unten sub no. 17 b; οἰκίας ὤνησις findet sich nicht in Inschriften, wohl aber bei Poll. VII, 15., und Gleiches gilt von der ἐπεργασία, welche Xen. Cyrop. III, 2, 23. nennt.

bezüglich des vierten Stückes, der Klagfähigkeit, entgegen, wo wir die Bezeichnungen διαιοδοσία, δίκη ἀπὸ συμβόλων, προδικία und δίκη πρόδικος vorfinden. Zunächst die beiden letzteren Ausdrücke nämlich begreifen nicht Alles das inne, was wir dem Begriffe der Klagfähigkeit einordnen, vielmehr nehmen dieselben lediglich auf das processualische Klagverfahren, nicht aber auf das Klagrecht an sich Bezug. Dies ergiebt sich ebensowohl daraus, daß lediglich durch die Besonderheit des Richters, des πρόδικος, die δίκη zur δίκη πρόδικος sich gestaltet (vergl. namentlich unten no. 9 u. 10.), theils aber auch aus der Wortbildung selbst, indem in der προδικία, gleich in dem lateinischen praeiudicium und in der deutschen Vorklage das Verhältniß der zeitlichen Priorität ins Auge gefaßt ist, in welchem eine Rechtssache zu einer gegebenen anderen Rechtssache steht, gerade dieses Moment aber einer zeitlichen Aufeinanderfolge nur als processualisches sich denken läßt. Wie zweifelhaft daher immer die juristischen Voraussetzungen selbst sind, auf denen dieses Verhältniß processualischer Aufeinanderfolge in Wirklichkeit beruht,[5]) so genügt doch für uns schon die Thatsache, daß über-

5) Zu scheiden sind vor Allem die πρόδικοι βουλῆς, welche sich z. B. zu Corcyra vorfinden, und über welche vergl. Böckh, C. I. zu no. 1845. Sect. 4. und Müller, de Corcyraeorum rep. Gött. 1835. p. 48., und die πρόδικοι in Processen der Privaten. Die Letzteren sind von Höck und Anderen als causarum patroni aufgefaßt worden, was Böckh, C. I. zu no. 2556. p. 416. a. mit Recht als unstatthaft verwirft. Vielmehr ist mit Böckh anzunehmen, daß eine processualische Priorität jenen πρόδικοι δίκαι zukam. Von welcher Beschaffenheit aber diese Priorität war, ist zweifelhaft. Entweder 1. es folgte der δίκη πρόδικος noch ein Proceß nach, so daß die Prädicirung, wie beim praeiudicium und der Vorklage, mit Rücksicht auf eine zweite, jener δίκη nachfolgende, connexe und zwischen den nämlichen Parteien geführte δίκη erfolgte. Diesfalls läßt sich nun wieder ein dreifaches Verhältniß denken: a. es war eine Appellation statthaft und um deßwillen hieß der Proceß in erster Instanz δίκη πρόδικος; diese Annahme würde eine Möglichkeit haben, wenn die Ansicht haltbar wäre, die Hudtwalcker, üb. d. Diäteten in Athen p. 123—125. ausspricht, daß in den δίκαι πρόδικοι an das ausländische Forum der peregrinen Proceßpartei appellirt worden sei. Indem jedoch diese Ansicht als unhaltbar sich erweist, da die ἔκκλητος πόλις vielmehr schiedsrichterliche oder Austrägal-Instanz ist, so fällt damit die Möglichkeit, daß um der Besonderheit der Appellation willen der Proceß in erster Instanz, ja der gesammte Proceß δίκη πρόδικος genannt worden sei; b. es trat unter gewissen Voraussetzungen nach dem ordentlichen Gerichte noch ein außerordentliches Gericht in erster Instanz ein und um des Letzteren willen hieß der Proceß δίκη πρόδικος; dies findet z. B.

haupt jene Aufeinanderfolge in der That nur eine processualische ist, und daß daher die Bezeichnungen προδικία und δίκη πρόδικος nur auf dieses Moment sich stützen und sonach lediglich eine Beziehung zu dem Civilproceßrechte, nicht aber zu dem Civilrechte haben. Denn hiermit stellt sich dann zugleich fest, daß diese Ausdrücke nur die processualische Klagfähigkeit, nicht aber die Fähigkeit zum Erwerbe des Klagerechtes inbegreifen, und somit nicht auf die ganze Klagfähigkeit, sondern nur auf die persona standi in iudicio Bezug haben. Anders verhält sich dies nun allerdings hinsichtlich der Bezeichnung δικαιοδοσία; denn indem dieser Ausdruck vollkommen entsprechend ist der in den Eidesformeln der Bündnisse wiederkehrenden Clausel: τὸ δίκαιον δώσω, wie wir solche z. B. im Vertrage zwischen Hierapytna und Lyttus in Mnemosyne I. Dec. Bl. 105. sq. lin. 17 und 23, wie in einem anderen Vertrage

nach dem in §. IV. betrachteten Vertrage statt; allein selbst wenn wir diese Ordnung der Dinge generalisiren dürfen, so bleibt auch hier die δίκη selbst doch nur die nämliche und nur eine einige, selbst wenn zwei verschiedene Richter darin urtheilen, so daß, da zwei δίκαι gar nicht vorliegen, auch nicht eine zeitliche Priorität zwischen solchen statuirt werden kann; c. die δίκη πρόδικος ist ein schiedsrichterliches Verfahren, nach welchem sodann erst der Proceß vor dem Richter Platz greift; dies ist die Ansicht von Böckh, l. c. p. 416 a. Allein entweder war dies schiedsrichterliche Vorverfahren wirklicher Proceß: dann aber folgte darauf nicht eine zweite δίκη, sondern, wie bei den Processen vor den Diäteten zu Athen, eine Appellation, und dann fehlt ebenfalls die zweite δίκη, gegenüber welcher von einer δίκη πρόδικος die Rede sein konnte; oder es war jenes schiedsrichterliche Verfahren kein Proceß und überdem auch in seinem Ausgange nicht bindend für die Parteien, wie dies Bergk, in Zeitschr. für A. W. 1849. Sp. 266. sq. und Hermann, gr. St. Alt. §. 145. not. 13. annehmen: dann war das Verfahren nicht allein völlig zwecklos und in Folge dessen auch gar nicht gebräuchlich, sondern es war auch überhaupt keine δίκη und konnte daher auch nicht als solche bezeichnet werden. Endlich 2. es ward der δίκη πρόδικος eine zeitliche Priorität gegenüber allen übrigen gleichzeitig anhängigen Processen eingeräumt; diese Ansicht verwirft Böckh l. c. aus dem Grunde, weil in der Urkunde unten sub no. 2. gesagt ist: προδίκῳ μὲν χρήσθω, diese Ausdrucksweise aber mit jener Bedeutung unvereinbar sei, und weil dann die προδικία kein geeignetes Glied in der Begriffsreihe bilden würde, welche in den Urkunden uns entgegen tritt, in denen Verleihungen der entsprechenden Privilegien enthalten sind. Allein das Treffende beider Argumente leuchtet mir nicht ein. Wohl aber spricht für diese Ansicht, daß dann das römische Alterthum in seinem Recuperationsproceß die schlagendste Analogie uns bietet, vergl. Thl. II. not. 184. 191. 192. Dabei hindert endlich Nichts die πρόδικοι als διαιτηταί (arbitri) im Gegensatze zu den δικασταί (iudices) aufzufassen.

Hierapytna's in C. J. Gr. no. 2555. lin. 18. vorfinden, so ersehen wir gerade hieraus auf das Deutlichste, daß der δικαιοδοσία nicht bloß eine Beziehung auf das Proceßrecht, sondern auch auf das die materielle Klage betreffende Civilrecht inwohnt. Allein gerade hier wiederum machen wir die Wahrnehmung, wie selbst in denjenigen Urkunden, wo solche Klagfähigkeit verliehen wird, jener Ausdruck selbst sich nicht vorfindet, vielmehr an seine Stelle Umschreibungen treten, so z. B. in dem Vertrage unten sub no. 1. die Formel: τᾷ ἐπιδαμίᾳ δίκᾳ χρήστω, in dem Vertrage unter no. 3. die Wendung: τἄλλα δὲ καὶ δικαῶσι οἱ κριταὶ καὶ ἐπιγαμίας ἀλλάλοις, und in noch anderer Weise in dem Vertrage unter no. 2. Wenn wir daher immerhin anzuerkennen haben, daß wie die ἐπιγαμία, so auch die Klagfähigkeit und zwar diese nicht bloß als Proceßfähigkeit (προδικία), sondern auch als Fähigkeit zum Erwerbe des Klagrechtes in dem griechischen Alterthume an den Peregrinen verliehen wird, so waltet doch hierbei der bemerkenswerthe Unterschied ob, daß eine einheitliche technische Bezeichnung für solche Klagfähigkeit in den betreffenden Verleihungsurkunden sich nicht vorfindet, und somit der Gesetzessprache selbst ein Ausdruck fehlt, welcher der Bezeichnung ἐπιγαμία analog wäre. Denn auch der Ausdruck δίκη ἀπὸ συμβόλων scheint der Redeweise der betreffenden Bündnisse fremd zu sein. [5a])

In höherem Maaße fällt endlich der Mangel einer technischen Bezeichnung auf bezüglich desjenigen Stückes der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit, welches die Römer als commercium bezeichnen und welches die Fähigkeit zur Vollziehung des privatrechtlichen Vermögensgeschäftes im Allgemeinen umfaßt. Ja es tritt überdem dieses Stück in der Maaße in den gesammten griechischen Quellen zurück, daß selbst der Zweifel auftauchen könnte, ob überhaupt die Griechen dasselbe besonders geschieden und innerhalb des Gesammt-

---

5a) Wir haben übrigens von dem hier maaßgebenden Begriffe der δικαιοδοσία eine andere Bedeutung des Ausdruckes zu scheiden, die wir z. B. bei Polyb. XXIV, 1, 2. finden: τοῦ γὰρ Φιλίππου συγκλεισθέντος εἰς τὴν κατὰ τὸ σύμβολον δικαιοδοσίαν πρὸς τοὺς ἀστυγείτονας καὶ τῶν Ῥωμαίων γνωσθέντων, ὅτι προσδέχονται τὰς κατὰ Φιλίππου κατηγορίας. Denn hier bezeichnet δικαιοδοσία nicht die Gewährung der diesseitigen Klagfähigkeit an den Peregrinen Seitens des Staates, als vielmehr das Gerechtwerden den gegnerischen Ansprüchen durch Unterwerfung unter die schiedsrichterliche Instanz.

gebietes der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit abgegränzt haben. Dennoch widerlegt sich solcher Zweifel auf das Bestimmteste vornämlich durch die unter no. 2. u. 3. mitgetheilten Verträge, in denen die Fähigkeit zur Vornahme von Rechtsgeschäften der in Frage stehenden Beschaffenheit eine ganz besondere Berücksichtigung erfahren hat. Allein auch hier finden wir, wie bemerkt, in den betreffenden Urkunden ebensowenig, wie bezüglich der Klagfähigkeit einen einheitlichen Begriff technisch angewendet, während überdem auch selbst die übrigen Quellen dieses Stückes der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit so wenig gedenken, daß es fraglich erscheint, ob im Allgemeinen die Griechen einen besonderen Begriff dafür gebildet haben. Unter den Neueren ist es Göttling, Gesch. d. röm. Staatsverf. §. 18., der diese Frage jedenfalls mit Recht bejaht und das commercium als das Recht der ἀπὸ συμβολαίων κοινωνοῦντες bezeichnet hat. Allein die Belege für eine derartige Ausdrucksweise scheinen vollständig zu mangeln, und nebenbei begeht auch Göttling noch den Irrthum, die συμβόλαια für die aus den σύμβολα entstehenden Rechtsstreitigkeiten zu erklären, da vielmehr jener Ausdruck das Rechtsgeschäft, Rechtsverhältniß, den rechtlichen Verkehr und Wandel bezeichnet.[6] Dagegen dürften vielmehr die Glossen des Labbaeus auf den richtigen Weg hinleiten, indem dieselben für commercium: συναλλαγή, συνάλλαγμα, ἐπιμιξία, συνωνή und πανήγυρις bieten, womit übereinstimmt, wenn Pollux, Onomast. V, 143. συμβόλαιον, συνάλλαγμα, κοινώνημα, κοινωνία, ἀπαλλαγή für synonym erklärt. Denn in der Gleichheitserklärung dieser mehrfältigen Begriffe tritt uns genau die nämliche Erscheinung entgegen, welche wir bezüglich des römischen Alterthumes in Beilage XII. §. VII. unter 1—3. beobachten, insofern hier, wie dort die verschiedenen sachlich verwandten Begriffe, welche um das gemeinsame Centrum des nämlichen factischen Verhältnisses herum sich gruppiren, in einander verschwimmen und eine metaphysische Verbindung mit einander eingehen. Halten wir daher als den für uns maaßgebenden Begriff die in Beil. XII. §. VII. unter 1. festgestellte Bedeutung von commercium fest, und beurtheilen wir nach diesem Maaßstabe die obigen griechischen Bezeichnungen, so

---

6) Vergl. namentlich Spanheim, Orb. Rom. p. 313. sq. Sell, Recuperat. p. 96., Gneist, die formellen Verträge p. 485.; s. auch Thl. II. not. 151.

haben wir vor Allem als unebenmäßig auszuscheiden die Ausdrücke ἐπιμιξία, πανήγυρις, συμβόλαιον und ἀπαλλαγή, wie auch συνωνή und κοινώνημα, welche insgesammt nicht jenem maaßgebenden Begriffe von commercium, als vielmehr den anderen, in Beil. XII §. VII. unter 2. u. 3. festgestellten Begriffen desselben entsprechen. Dagegen die übrigen in Betracht verbleibenden Ausdrücke verhalten sich zu dem maaßgebenden Begriffe von commercium in der Weise, daß κοινωνία, als Rechtsgemeinschaft, das generische Merkmal dieses Denkobjectes bezeichnet, während συνάλλαγμα u. συναλλαγή als Inbegriffe der durch das σύμβολον begründeten Rechtsfähigkeit in Bezug auf Vornahme des vermögensrechtlichen Geschäftes (ebenfalls συνάλλαγμα u. συναλλαγή), somit als sprachliche Repräsentanten des hier maaßgebenden Begriffes von commercium sich auffassen lassen. Wenn indeß auch hier die entscheidenden Belege für den entsprechenden Sprachgebrauch völlig zu mangeln scheinen, so bieten sich doch solche in anderer Beziehung bei Aristot. Pol. III, 5, 12.:

> οὐδὲ (sc. μία πόλις ἐστίν,) εἰ πρὸς ἀλλήλους ἐπιγαμίας ποιήσαιντο. — — Ὁμοίως δ' οὐδ', εἰ — — εἴησαν αὐτοῖς νόμοι τοῦ μὴ σφᾶς αὐτοὺς ἀδικεῖν περὶ τὰς μεταδόσεις· — — μὴ μέντοι κοινωνοῖεν ἄλλου μηδενὸς ἢ τῶν τοιούτων, οἷον ἀλλαγῆς καὶ συμμαχίας (neque una est civitas, si connubium inter se contraxerint; similiter autem neque, si essent iis leges, ne sibi invicem ipsis iniuriam facerent de communicandis rebus; non tamen quidquam aliud inter se commune haberent nisi commercium et belli societatem).

Denn indem in dieser Stelle Aristoteles ganz hauptsächlich die Erscheinungsformen vertragsmäßiger Gemeinschaft zwischen zwei Völkern betrachtet, und dabei neben der ἐπιγαμία, dem conubium, und der συμμαχία, der völkerrechtlichen societas, als ein damit verbundenes Stück auch die ἀλλαγή nennt, so haben wir unter der Letzteren in der That nur das commercium zu verstehen, und hiermit zugleich anzuerkennen, daß ἀλλαγή eine hierfür überlieferte Bezeichnung des griechischen Alterthumes war, wobei dann von dem am häufigsten und regelmäßigsten in solchem Verkehre vorkommenden Geschäfte, der ἀλλαγή in diesem Sinne, die Bezeichnung sowohl für den gesammten Geschäftsverkehr (vgl. Arist. l. c. §. 10. und Eth. Nic. V, 5, 10. 11.), wie für die demselben ent-

sprechende Rechtsfähigkeit entlehnt wurde. Und verwandt hiermit finden wir fernerweit auch bei Arist. Eth. Nic. V, 5, 6. das commercium durch κοινωνία ἀλλακτική bezeichnet.

Nach Alle dem aber können wir als Resultat dieser Erörterung feststellen, daß das griechische Alterthum in der That die nämlichen vier Kreise der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit anerkannte und schied, welche wir im römischen Alterthume unter den Benennungen: conubium, commercium agrorum, commercium und recuperatio oder actio vorfanden: für das conubium überliefern die griechischen Quellen im Allgemeinen vielfach die Ausdrücke ἐπιγαμία oder ἐπιγαμίαι, und für das commercium agrorum die Ausdrücke ἔγκτησις oder ἔμπασις oder ἐπαρχὴ τῆς γῆς καὶ οἰκίας, auch ἔγκτησις oder ἔμπασις schlechthin, wie οἰκίας ὤνησις und ἐπεργασία. Die für das commercium üblichen einheitlichen Bezeichnungen sind dagegen schwierig zu erkennen, weil aus Gründen, auf die wir in §. XII. zurückkommen werden, die griechische Litteratur dieses Verhältnisses nur äußerst selten noch gedenkt; allein immerhin dürfen wir den Ausdrücken ἀλλαγή oder κοινωνία ἀλλακτική, wie vielleicht auch συνάλλαγμα und συναλλαγή die Bedeutung beimessen, in technischer Weise jenes Verhältniß bezeichnet zu haben. Endlich der recuperatio entspricht vollkommen die δικαιοδοσία, wobei dann die Letztere auch zur Bezeichnung der entsprechenden Fähigkeit des Subjectes diente. Allein innerhalb der Gesammtsphäre dieser Klagfähigkeit tritt in dem griechischen Alterthume noch der eine Bestandtheil derselben, die rein processualische Klagfähigkeit, die legitima persona standi in iudicio stark markirt hervor als προδικία.

Alle diese Ausdrucksweisen sind jedoch zunächst nur der nicht officiellen Rede des Griechenthumes zu überweisen. Dagegen der officielle Sprachgebrauch erkennt, insoweit bis jetzt übersehbar, lediglich die Ausdrücke ἐπιγαμία oder ἐπιγαμίαι, und ἔγκτησις oder ἔμπασις oder ἐπαρχὴ τῆς γῆς καὶ οἰκίας oder ἔγκτησις schlechthin, sowie προδικία und δίκη πρόδικος als technische Begriffe an, während alle übrigen Bezeichnungen als technische ihm unbekannt erscheinen.

Hiernach nun können wir zu einer Betrachtung der einschlagenden griechischen Urkunden selbst übergehen, die wir in §. IV—XI. in Minuskelschrift und, was die Verträge betrifft, unter Beifügung

einer lateinischen Uebersetzung geben werden, wogegen bei den Proxenieen und den denselben verwandten Urkunden bei deren allgemeiner Uebereinstimmung auch ohne Uebersetzung das bequemere Verständniß sich vermittelt. Der leitende Gesichtspunkt aber für die hierbei befolgte Ordnung wird aus §. XII. sich ergeben, und nur bezüglich des in §. IV. behandelten Vertrages haben besondere Rücksichten dessen Stellung bestimmt, die ebenfalls durch das Nachfolgende Rechtfertigung finden werden.

§. IV.

Eine Separatstellung gegenüber der von uns gewählten Anordnung der betreffenden Urkunden räumen wir dem Vertrage zwischen Chalaeum und Oeanthia in Locris ein, einem Documente, welches wenngleich nur als Bruchstück überliefert, doch in vielfacher Beziehung höchst merkwürdig erscheint. Es lautet diese Urkunde, welche zuerst von I. N. Oeconomides: Λοκρικῆς ἀνεκδότου ἐπιγραφῆς διαφώτισις, ἐν Κερκύρᾳ 1850, und hiernach sodann von L. Roß: Alte lokrische Inschrift von Chaleion oder Oeantheia mit den Bemerkungen von I. N. Oekonomides, Leipzig 1854, wie von Rangabé, in den Antiquités helléniques Vol. II. pag. 2. sq. no. 356b. herausgegeben worden ist, nach Roß folgender Maaßen:

no. 1. Τὸν ξένον μὴ ἄγεν ἐ τᾶς Χαλεΐδος τὸν Οἰανθέα, μηδὲ τὸν Χαλειέα ἐ τᾶς Οἰανθίδος, μηδὲ χρήματα αἴ τι συλῷ. Τὸν δὲ συλῶντα, ἀνὰ τὸ συλῆν τὰ ξενικά, ἐ θαλάσ[σ]ας ἄγεν ἄσυλον, πλὰν ἐ λιμένος τῶ κατὰ πόλιν. Αἴ κ' ἀδικοσυλῷ, τέττορες δραχμαί· αἰ δὲ πλέον δέκ' ἁμαρᾶν ἔχοι τὸ σῦλον, ἡμιόλιον ὀφλέτω Ϝότι συλάσαι. Αἰ μεταϜοικέοι πλέον μηνὸς ἢ ὁ Χαλειεὺς ἐν Οἰανθέᾳ ἢ 'Ωανθεὺς ἐν Χαλείῳ, τᾷ ἐπιδαμίᾳ δίκᾳ χρήστω τῶν προξένων· αἰ ψεύδεα προξενέοι, διπλεῖ οἱ θωῆστω. Αἴ κ' ἀνδιχάζωντι τοὶ ξενοδίκαι, ἐπωμότας ἑλέστω ὁ ξένος ὠπάγων τὰν δίκαν, ἐχθὸς προξένω καὶ Ϝιδιοξένω ἀριστίνδαν· ἐπὶ μὲν ταῖς μναϊαίαις καὶ πλέον πεντεκαιδέκ' ἄνδρας, ἐπὶ ταῖς μειόνοις ἐννέ' ἄνδρας. Αἴ κ' ὁ Ϝαστὸς ποῖ [ποῖ] τὸν Ϝασ[σ]τὸν δικάζηται κατὰς συνβολάς, δαμιωργὼς ἑλέσται τὼς ὁρκωμότας ἀριστίνδαν τὰν πεντορκίαν ὀμόσαντες. Τὼς ὁρκωμότας τὸν αὐτὸν ὅρκον ὀμνύεν, πληθὺν δὲ νικῆν·

(§. 1. Ne expilato foederatum ex agro Chalaeo Oeanthicus neve Chalaeus [foederatum] ex agro Oeanthico neve res

[eiusdem], si qua piraticam faciat. §. 2. Qui vero piraticam facit, foederatorum bona, si quae capiat, transvehito e mari in terram tutam, praeterquam e portu civitatis. §. 3. Sin autem iniuria [i. e. contra leges foederis] piraticam exerceat, quattuor drachmarum multa esto; §. 4. et si plus decem diebus teneat piratica [foederatorum] bona, sesquialterum dare damnas esto quidquid ceperit.

§. 5. Si sedem habet plus triginta diebus sive Chalaeus Oeanthiae sive Oeanthicus Chalaei, populari actione utitor hospitum publicorum; §. 6. Si fraudem faciat, dupli ei poena esto. §. 7. Si bispartiantur iudices de foederatorum causis cognoscentes, peregrinus actionem exercens iuratos viros sumat ex hospitibus publicis vel privatis optimos quosque et de rebus minae plurisve quidem quindecim viros, de minoribus vero novem. §. 8. Si vero civis adversus civem cognosceret ex foedere, οἱ δημιουργοί[7]) seligant iuratos viros optimos quosque et ipsi quidem iurati[8]) iusiurandum per quinque Deos. §. 9. Iurati viri eundem iusiurandum dent; §. 10. maxima autem eorum pars obtinebit).[9])

---

7) Die δημιουργοί sind die summi magistratus, vergl. Böckh, C. I. Gr. I. p. 11.

8) Ganz analog sagt Cic. p. Cluent. 43.: praetores urbani, qui iurati debent optimum quemque in selectos iudices referre.

9) Dieser Urkunde ist von Rangabé, wie von Oeconomides eine von der meinigen vielfach abweichende Auffassung zu Theil geworden; zunächst zu §. 1. verstehen Rang. und Oecon. unter ξένος den peregrinus; ich verstehe darunter denjenigen, der in ξενία steht, somit den municeps; in gleichem Sinne findet sich unten in not. 25.: ξένους ἀγαθοὺς εἶναι; daher ist unter ξένος der Chaleier verstanden insofern, als derselbe durch das obige Bündniß eben ξένος in diesem Sinne geworden ist; ferner fassen Rang., wie Oecon. das ἄγεν im Sinne von: in die Sclaverei führen; mir scheint plündern, berauben weit angemessener; die Urkunden unten sub no. 37. sq. ergeben insgesammt diesen Sinn (vgl. not. 25.); sodann das ἐ τᾶς Χαλείδος wird von Rang. als Ortsbestimmung zu ἄγεν bezogen: in das chaleiische Gebiet führen; allein ἐ ist nicht εἰς, sondern ἐκ; daher bezieht es Oecon. richtiger auf τὸν ξένον, wobei er hierunter den im chaleiischen Gebiete verweilenden Peregrinen versteht; ich fasse den ξένος ἐ τᾶς Χαλείδος, wie bemerkt, als den ξένος aus dem chaleiischen Territorium, somit als den föderirten Chaleier selbst; endlich τὸν Οἰανθέα wird von Rang. als nähere Bestimmung von ξένον aufgefaßt; Oecon. faßt es als Subject des Satzes, und dies ist auch meine Ansicht. Je durch diese verschiedene Auffassung wird nun die Bedeutung des ganzen Vertrages bestimmt: Oecon.

Dieses merkwürdige Document, für dessen Alter nähere Bestimmungen aus paläographischen oder linguistischen Momenten zu

---

erblickt darin eine Normirung des Verhaltens der Bürger beider Staaten gegenüber dem auf dem Territorium je des anderen Staates verweilenden Peregrinen; allein eine solche Vereinbarung müßte an sich schon als ganz überflüssig, wie als fremdartig dem Geiste des Alterthumes erscheinen, würde aber auch mit §. 5 sq. des Vertrages in gar keinem Zusammenhange stehen, während doch die innere Zusammengehörigkeit beider Abschnitte offenbar ist; sodann Rang. findet darin eine Normirung des Verhaltens der Bürger beider Staaten gegenüber dem auf diesseitigen Territorium verweilenden Bürger je des anderen Staates; allein eine solche Vereinbarung würde ungenügend sein, weil sie das Zusammentreffen Jener am dritten Orte der Willkühr Preiß gegeben hätte, und überdem beweist §. 2. des Vertrages, daß Letzteres nicht der Fall war; ich selbst dagegen erblicke darin eine Normirung des Verhaltens der Bürger beider Staaten gegenüber dem Bürger je des anderen Staates. — In §. 2. findet Rang. l. c. p. 6. den Sinn: Kaperei auf dem offenen Meere ist gegen den Bürger des föderirten Staates gestattet, und nur in den Häfen beider Staaten verboten; allein diese Auffassung halte ich weder sachlich, noch sprachlich für möglich; dagegen Oecon. paraphrasirt nach Ross. l. c. p. 18. not. dahin: τὰ ἐν τῷ κειμένῳ: τὸν δὲ συλῶντα ἀνὰ τὸ συλῆν τὰ ξενικὰ ἐ θαλάσσας ἄγεν ἄσυλον, δέχονται καὶ ταύτην τὴν ἑρμηνείαν: τὸν δὲ συλῶντα Οἰανθέα ἢ Χαλειέα, εἴ ποτε ληφθείη συλῶν τὰ τῶν ξένων κατὰ θάλασσαν, ἐξέστω τοῖς Χαλειεῦσιν ἢ Οἰανθεῦσι κατάγειν ἐκεῖθεν ἀσύλητον. Allein diese Paraphrase läßt ebensowohl jenes πλὰν ἐ λιμένος τῶ κατὰ πόλιν völlig unerklärt, ja räthselhaft, noch auch kann überhaupt dieser Sinn in jener Bestimmung gefunden werden. Meiner Ansicht nach ist vielmehr diese Stelle dahin aufzufassen: wer beim Seeraub Freundes Gut kapert, soll solches an das feste Land vom Meere hinweg an sicheren Ort bringen (ἐ θαλάσσας ἄγεν ἄσυλον); doch soll er dasselbe nicht auf das Land zu bringen verpflichtet sein, wenn er nur damit in den Hafen seiner eigenen Vaterstadt eingelaufen ist (πλὰν ἐ λιμένος τῶ κατὰ πόλιν). In §. 5. faßt Rang. p. 6. das δίκᾳ χρήστω τῶν προξένων dahin: er bediene sich der Klage durch das Mittel des Proxenos; allein δίκα τῶν προξένων kann doch nur die Klage des Proxenos, somit die Klage sein, welche für den Proxenos gegeben ist; dann aber ist der Sinn: er klage so, wie ein Proxenos. In §. 6. heißt αἰ ψεύδεα προξενέοι si fraudem faciat. Diesen Sinn faßt Rang. p. 7. dahin: wenn er eines falschen Proxenos sich bedient; allein diese Auffassung ist an sich schon höchst bedenklich, da die Erklärung von dem falschen Proxenos, welche Rang. giebt, fast gewaltsam ist; ihre Möglichkeit fällt aber auch, sobald man die δίκα τῶν προξένων in §. 5. anders, als Rang. auffaßt. Meine eigene Ansicht s. not. 10. In §. 7. faßt Rang. p. 3. das ἐχθὸς als à l'exception; allein §. 8. scheint mir den Sinn von ἐκ zu gebieten. In §. 8. faßt Rang. p. 3. u. 8. das ὁ Ϝασστὸς ποῖ τὸν Ϝασστὸν δικάζηται dahin: wenn der Bürger der einen Stadt wider den Bürger der andern Stadt klagt; allein dieser Fall ist überhaupt in §. 5. sq. vorausgesetzt, daher hier nothwendig ein anderweiter besonderer Um-

gewinnen Roß l. c. p. 15. sq. leider nicht vermocht hat, weist wenigstens dadurch mit Bestimmtheit auf ein sehr frühes Datum im griechischen Volksleben hin, daß darin in allgemeinerer Maaße die Seeräuberei als geschäftsmäßiger Gewerbsbetrieb hingestellt und sancirt wird und dies in einer Weise, die ebensowohl auf einen allgemeineren und ausgedehnteren Betrieb dieses Gewerbes, wie darauf schließen läßt, daß irgend welcher Makel damit nicht verbunden war, insgesammt Momente, die, bei der chorographischen Situation namentlich der in Frage stehenden beiden Staaten, in eine ziemlich frühe Periode des griechischen Culturlebens uns zurückversetzen.

Wenden wir nun dem Inhalte dieses Vertrages im Besonderen unsere Aufmerksamkeit zu, so erkennen wir, wie derselbe eine zwiefältige Modalität der Rechtsverletzungen gegen die socii scharf sondert: zunächst nämlich eine criminelle, oder vielmehr polizeiliche Ahndung des Delictes vorschreibend und hier daher eine Klagfähigkeit dem Föderirten nicht einräumend, weil die einfache Denunciation und Beschwerde beim Magistrate bereits genügte, um die Staatsgewalt zur Repression der Verletzung in Bewegung zu setzen; dies Verfahren griff zunächst Platz bei doloser Vorenthaltung des bei der Piraterie gekaperten Freundesgutes, wie überhaupt bei dem dem foedus zuwiderlaufenden Gebahren mit solchem Gute, muß aber auch überall da Platz gegriffen haben, wo der Peregrine von einem Bürger der föderirten civitas delictisch verletzt wurde und vor Ablauf von einem Monate von Zeit seiner Ankunft in der föderirten civitas die Verletzung geahndet wissen wollte. Dagegen trat, wenigstens in der letzteren Beziehung, eine wesentlich verschiedene Behandlung der Sache dann ein, wenn der Peregrine wenigstens Monatsfrist in der föderirten civitas sich aufhielt und erst nach Ablauf dieses Zeitraumes wegen erlittener Rechtsverletzung remedirend auftrat; denn dann griff der Civilproceß zu seinen Gunsten Platz in der Weise, daß ihm selbst die Proceßfähigkeit des πρόξενος zukam; denn die Ausdrucksweise τᾷ ἐπιδαμίᾳ δίκᾳ χρήστω τῶν προξένων läßt sich füglicher Weise nur dahin auffassen: es soll ihm die bei dem betreffenden Volke dafür festge-

---

stand in Frage kommen muß; und sodann ist δικάζειν nicht klagen, sondern Richter sein, da vielmehr klagen in §. 7. durch δίκην ἐπάγειν bezeichnet wird.

setzte Klage zustehen, wie einem πρόξενος; als Besonderheit solcher Klage aber stellt sich dar, daß bei doloser Weiterung Seitens des Beklagten das Klagobject auf das Doppelte sich erhöht.[10])

Sonach vermögen wir mit Sicherheit zu erkennen, wie der fragliche Vertrag Klagfähigkeit dem Bürger der föderirten civitas, wenn gleich nur unter der Voraussetzung eines vierwöchentlichen Aufenthaltes verleiht, während es dahin gestellt bleiben muß, ob das foedus auch ἐπιγαμία, ἔγκτησις und ἀλλαγή verlieh.

Was endlich das für jenen Civilproceß angeordnete Verfahren betrifft, so tritt als etwas Eigenthümliches uns entgegen, daß bei mangelnder Stimmeneinheit der ordentlichen Richter (wohl nicht bloß bei Stimmengleichheit der Dissentirenden) ein Oberschiedsspruch durch Geschworene herbeigeführt wird, wobei einfache Majorität maaßgebend, die Wahl der Geschworenen selbst aber aus dem Mittel der einem dritten Staate als Bürger angehörigen hospites dem Peregrinen ohne Beschränkung überlassen ist, im Falle der Wahl dagegen von anderen unzulässigen Personen Ergänzung durch den Magistrat Platz greift.

## §. V.

In größter Vollständigkeit treten die von uns festgestellten vier Stücken der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit hervor in dem die Isopolitie vereinbarenden Vertrage zwischen Hierapytna und Priansus in Creta, der sich findet in C. I. Gr. no. 2556. und wozu vergl. Niebuhr, röm. Gesch. II. p. 58. sq. Derselbe fällt ungefähr in die zweite Hälfte des 5. oder die erste Hälfte des 6. Jahrhunderts d. St.[11]) und lautet zunächst in lin. 12—21.:

---

10) Ich nehme bei den Worten: αἰ ψεύδεα προξενέοι, διπλεῖ οἱ θωϊήστω einen Wechsel des Subjectes an und beziehe dieselben auf den civis als Beklagten, gegenüber dem Föderirten, als Kläger; dann aber ist der Sinn jener Bestimmung dahin zu fassen, daß jede Klage des Föderirten gegen den civis infitiando crescit in duplum, so daß das dolose Leugnen es ist, welches reprimirt wird, wenn gleich ψεύδεα προξενεῖν jede fraus und jeden dolus malus im Allgemeinen inbegreift. Verwirft man die Annahme eines Subjectwechsels, so würde der Sinn der sein, daß die Klage des civis gegen den Föderirten wegen dolosen Gebahrens auf das duplum geht, was kaum denkbar scheint.

11) Vergl. Höck, Kreta III. p. 470 sq. Böckh im C. I. Gr. II. p. 406. u. 414. Naber in Mnemosyne I. Deel 1852. Bl. 86. sq.

no. 2. Ἱεραπυτ[νίοις] καὶ Πριανσίο[ι]ς ἦμεν παρ' ἀλλάλοις ἰσοπολιτείαν καὶ ἐπιγαμίας καὶ ἔνκτησιν καὶ μετοχὰν καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων πάντων. ὅσοι κα ἔωντι ἔμφυλοι παρ' ἑκατέροις, καὶ πωλόντας, καὶ ὠνωμένος καὶ δανείζοντας καὶ δανειζομένος, καὶ τἄλλα πάντα συναλλάσσοντας κυρίος ἦμεν κατὰ τὸς ὑπάρχοντας παρ' ἑκατέροις νόμος. ἐξέστω δὲ τῷ τε Ἱεραπυτνίῳ σπείρεν ἐν τᾷ Πριανσίᾳ καὶ τῷ Πριανσιεῖ ἐν τᾷ Ἱεραπυτνίᾳ, διδῶσι τὰ τέλεα καθάπερ οἱ ἄλλοι πολῖται κατὰ τὸς νόμος τὸς ἑκατέρη κειμένος (Hierapytuiis et Priansiis sibi invicem esse ἰσοπολιτείαν et conubia et agrorum commercium et communio omnium divinarum humanarumque rerum. Quicunque populares [alterius civitatis] apud alteros fuerint, eos et vendentes et ementes et foeneri dantes et accipientes et cetera omnia commercia gerentes iuris participes esse secundum leges alterius cuiusque civitatis. Licitum autem esto Hierapytnio arare in agro Priansio ac Priansio in agro Hierapytnio, eadem vectigalia pendentibus atque alii cives secundum leges in alterutra [civitate] latas).

Zu diesen Bestimmungen finden wir zunächst ἐπιγαμία und ἔγκτησις unter technischer Benennung festgesetzt; sodann folgt in den Worten ὅσοι κα bis παρ' ἑκατέροις νόμος eine Vereinbarung des commercium, dieses jedoch nicht durch Anwendung eines entsprechenden einheitlichen technischen Ausdruckes, sondern durch Angabe dessen, was dem Gebiete des commercium anheimfällt, wobei zunächst auf Kauf und Darlehn, und sodann auf die Rechtsgeschäfte im Allgemeinen Bezug genommen wird. Endlich wird noch die cultura agrorum besonders nachgelassen und dabei ausdrücklich bestimmt, daß der vectigal auch von dem föderirten arator zu entrichten sei, woraus sich ergiebt, daß solcher vectigal nicht Grundsteuer, sondern Grundgewerbsteuer ist, in gleicher Weise, wie in Sicilien die decuma (s. Thl. II. not. 475.). Diese Steuerverhältnisse aber werden ebenso, wie die Rechtsgeschäfte ausdrücklich unter die Herrschaft des Gesetzes desjenigen Territorium gestellt, innerhalb dessen das Geschäft geschlossen ist oder der öconomisch bewirthschaftete Acker liegt, und gleiche Unterordnung kehrt wieder in lin. 26 in Bezug auf die Seezölle, die portoria, und in lin. 29 in Bezug auf die Zolldefraudation.

Hiernächst in lin. 47—52 wird eine actio popularis gegen

den Verletzer des foedus selbst vor einem Bundesgerichte gegeben in den Worten:

εἰ δέ τις ἀδικοίη τὰ συνκείμενα κοινᾷ διαλύων ἢ κόσμος ἢ ἰδιώτας, ἐξέστω τῷ βωλομένῳ δικάζασθαι ἐπὶ τῶ κοινῶ δικαστηρίω, τίμαμα ἐπιγραψάμενος τᾶς δίκας κατὰ τὸ ἀδίκημα, ὅ κά τις ἀδικήσῃ· καὶ εἴ κα νικάσῃ, λαβέτω τὸ τρίτον μέρος τᾶς [κατα]δίκας ὁ δικαξάμενος, τὸ δὲ λοιπὸν ἔστω τᾶν πόλεων (si quis iniuriam facit, communes conventiones violans, sive cosmus sive privatus, licebit ei, qui volet, actionem pro communi tribunali movere, litis aestimationem adscribens secundum iniuriam quam quis commiserit; et si vicerit, tertiam multae partem accipito is qui actionem movit, reliquum vero civitatum esto).

Endlich in lin. 57—74 folgt die Vereinbarung der recuperatio und zwar in lin. 57—64 bezüglich der actiones natae in den Worten:

ὑπὲρ δὲ τῶν προγεγονότων παρ' ἑκατέροις ἀδικημάτων ἀφ' ὧ τὸ κοινοδίκιον[12]) ἀπέλιπε χρόνω, ποιησάσθων τὰν διεξαγωγὰν οἱ σὺν Ἐνίπαντι καὶ Νέωνι Κόσμοι[13]) ἐν ᾧ κα κοινᾷ δόξῃ δικαστηρίῳ ἀμφοτέραις ταῖς πόλεσι ἐπ' αὐτῶν κοσμόντων, καὶ τὸς ἐγγύος[14]) καταστασάντων ὑπὲρ τούτων ἀφ' ἇς κα ἁμέρας ἁ στάλα τεθῇ ἐμ μηνί (quod autem ad iniurias attinet, quae apud alterutros illatae sunt a quo tempore τὸ κοινοδίκιον defecerit, ius dicant, qui sunt cum Henipante et cum Neone cosmi pro eo tribunali, quod ex communi sententia in utraque

12) Unter dem κοινοδίκιον scheint mir mit Höck, Kreta III. p. 87 sq. der vor dem obigen foedus bereits früher bestandene, aber in Verfall gerathene Bund zwischen Hierapytna und Priansos, nicht aber mit Böckh, ad h. inscr. p. 415. fin. sq. der allgemeine cretische Synkretismus verstanden werden zu müssen. Denn gerade das Vorkommen von zahlreichen Separatbündnissen zwischen einzelnen cretensischen Staaten beweist, daß der Synkretismus lediglich eine Allianz gegen äußere Feinde bildete. Nicht entscheidend für das Gegentheil ist, daß Polyb. XXIII, 15. den Synkretismus κοινοδίκαιον nennt.

13) Dies sind nach lin. 1—4 die Kosmen des Jahres, wo das foedus selbst geschlossen ward.

14) Diese Bürgen, die auch in lin. 68 wiederkehren, werden gegeben wegen der bei Verletzung dieser Vertragsbestimmungen in lin. 70 sq. den Cosmen angedrohten Geldstrafe.

civitate est, his iisdem cosmis, qui ipsi uno mense post tabulam foederis positam sponsores huius rei dent).

Dagegen bezüglich der erst von Zeit des Vertragsabschlusses an erwachsenden Rechtsansprüche wird die entsprechende Bestimmung gegeben in lin. 64—74 in den Worten:

ὑπὲρ δὲ τῶν ὕστερον ἐγγινομένων ἀδικημάτων προδίκῳ μὲν χρήσθων καθὼς τὸ διάγραμμα ἔχει· περὶ δὲ τῶ δικαστηρίω οἱ ἐπιστάμενοι κατ' ἐνιαυτὸν παρ' ἑκατέροις Κόσμοι πόλιν στανύεσθων, ἄγ κα ἀμφοτέραις ταῖς πόλεσ[ι δό]ξῃ, ἐξ ἇς τὸ ἐπικριτήριον τελε[ῖ]ται, καὶ ἐγγύος καθιστάντων, ἀφ' ἇς κα ἀμέρας ἐπιστᾶντι ἐπὶ τὸ ἀρχεῖον ἐν διμήνῳ, καὶ διεξάγοντων ταῦτα ἐπ' αὐτῶν κοσμόντων κατὰ τὸ δοχθὲν κοινᾷ σύμβολον. αἰ δέ κα μὴ ποιήσωντι οἱ Κόσμοι καθὼς γέγραπται, ἀποτεισάτω ἕκαστος αὐτῶν στατῆρας πεντήκοντα, οἱ μὲν Ἱεραπύτνιοι Κόσμοι Πριανσίων τᾷ πόλει, οἱ δὲ Πριάνσιοι Κόσμοι Ἱεραπυτνίων τᾷ πόλει (quod vero ad iniurias attinet, quae in posterum illatae erint, indice utantur uti in formula iudiciorum statutum est. Tribunal autem cosmi, qui quoque anno magistratu apud alterutros fungantur, ex utriusque civitatis decreto urbem renuntient, ex qua iudex unus communis datur,[15]) et sponsores

---

15) Wegen dieser Bestimmungen vgl. Böckh in C. I. Gr. II. p. 416.; dieselben sind nicht völlig klar, weil uns die Kenntniß von Manchem fehlt, was dabei als bekannt vorausgesetzt ist; folgende Momente dürften jedoch festzuhalten sein: 1. wird ausgesprochen, daß der ordentliche Proceß Platz greift im Gegensatze zu den iudicia in lin. 57—64; 2. für diesen Proceß ist eine besondere Proceßordnung gegeben, das διάγραμμα; 3. nach Maaßgabe der Letzteren wird ein πρόδικος bestellt, worunter nicht mit Böckh l. c. ein Schiedsrichter, ein arbiter im Gegensatze zum iudex, vielmehr der iudex selbst, der nach Maaßgabe des διάγραμμα zu bestellende ordentliche Richter zu verstehen ist (s. not. 5.); 4. der Ort der Jurisdiction wird von beiden Völkern vereinbart und von den Cosmen bekannt gemacht; 5. für beide Völker wird in dieser Weise nur Ein gemeinsames Forum festgestellt, welches das in lin. 47—52 erwähnte ist; 6. die iudices werden in Einer nicht angegebenen Modalität bestellt, vielleicht aber von jeder Partei Einer (worauf das προδίκῳ χρήσθων in lin. 64 hindeutet), worauf dann 7. ein Obmann, ein iudex unus communis (vgl. lex colleg. Fontan. lin. 18) aus den Bürgern derjenigen Stadt genommen wird, in welcher das Bundestribunal sich befindet; gerade das Amt dieses Obmannes aber wird als ἐπικριτήριον bezeichnet, eine Wortbildung, die ganz analog ist der ἐπιγαμία und somit schon sprachlich auf die Bedeutung von iudicium commune hinweist. Die Annahme unter 6. und 7. findet sich

dent per duos menses postquam magistratum inierint. Ceterum has lites cosmi, dum magistratu fungantur, finiant secundum placitum auctoritate communi conventum. Si vero non fecerint cosmi ut supra scriptum est, solvat unusquisque ex iis stateras L, Hierapytnii quidem cosmi Priansiorum civitati, Priansii vero cosmi Hierapytniorum civitati).

Und indem nun diese Bestimmung, wenn auch nur implicite den Bürgern der föderirten civitas Klagfähigkeit verleiht, so erkennen wir nun mit Allè dem, wie in dem hier betrachteten foedus alle jene vier Stücken der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit sich vorfinden, welche wir in §. III. für das griechische Alterthum feststellten.

## §. VI.

Ein ähnliches Verhältniß, wie bezüglich des in §. V. betrachteten Vertrages waltet ob hinsichtlich des φιλία, συμμαχία und ἰσοπολιτεία vereinbarenden foedus zwischen Lato und Olus auf Creta, welches, dem nämlichen Zeitalter, wie der in §. V. betrachtete Vertrag angehörend (s. not. 11.), in C. I. Gr. no. 2554. ersichtlich ist; nur ist hierin aus irgend welchem Grunde die ἔγκτησις ausgefallen, während die übrigen drei Stücken der privaten Rechtsfähigkeit sich vorfinden in lin. 56—76.:

no. 3. ἐπιόντων οἱ πρείγιστοι οἱ ἐπὶ εὐνομίας οἱ ἑκάτεροι ἐρευνέοντες καὶ ῥυθμίζοντες τὼς παρὰ τὼς αὐτὼς, καὶ τὰ ἄλλα πάντα χρήμενοι, ἐν δὲ τᾷ ὁδῷ τὰς ξενικὰς θοίνας· αἰ δέ τίς τινα ἀδικήσαι ἐν ταύταις ταῖς ὁδοῖς, ἀποτεισάτω ἕξαπλα τὰ πρόσ[τιμα].. τἄλλα δὲ καὶ δικαῶσι οἱ κριταὶ καὶ ἐπιγαμίας ἀλλάλοις. κύριον δ' ἦμεν τόν τε Λάτιον ἐν 'Ολόντι ποτὶ τὸν 'Ολόντιον, καὶ 'Ολόντιον ἐν Λατῷ ποτὶ τὸν Λάτιον, καὶ πωλέοντα διὰ τὰ χρεώψια καὶ ὠνεόμενον, καὶ δανείζοντα καὶ δανειζόμενον, καὶ τὰ ἄλλα πάντα συναλλάττοντα κατὰ τὼς ταύτᾳ νόμως τὼς ἑκατέρῃ κειμένως (οἱ πρείγιστοι οἱ ἐπὶ εὐνομίας [16]) utriusque civitatis, quos alterautra mittit, exqui-

---

bereits bei Böckh l. c., der sich dabei auf das Gericht ἐπὶ Παλλαδίῳ in Athen als aus Athenienſern und Argivern gemischt beruft.

16) Unter den πρείγιστοι οἱ ἐπὶ εὐνομίας sind Magistrate mit richterlichen Functionen zu verstehen; vergl. Höck, Kreta III. p. 93. Böckh, C. I. Gr. II. p. 407. Hermann, gr. St. Alt. §. 21. not. 17.

rant et castigant eos, qui sunt apud alteros,[17]) atque utantur et reliquis omnibus [adiumentis] et in intinere epulis hospitalibus; si autem quis quem iniuria affecerit in his viis, sextupli poena praestetur. Ceteras vero res et conubia decernant iudices[18]) apud alterutros. Iuris particeps autem sit Latius Olonte pariter atque Olontius, et Olontius Lati pariter atque Latius, nec non vendant per χρεώψια[19]) et emant et foenori dent et accipiant, atque cetera omnia commercia gerant secundum leges his de rebus in alterautra civitate latas).

Zwar ist in diesen Bestimmungen die Vereinbarung von conubium nicht direct ausgesprochen, wohl aber indirect, insofern dasselbe wesentlich vorausgesetzt ist in den Worten: δικαῶσι οἱ κριταὶ καὶ ἐπιγαμίας Dagegen die recuperatio ist in den Worten: τἄλλα δὲ καὶ δικαῶσι οἱ κριταὶ καὶ ἐπιγαμίας ἀλλάλοις besonders, wenn auch nur implicite festgestellt, womit übereinstimmend in der auf diesen Vertrag bezüglichen Eidesformel für den latischen Kosmus in lin. 200 sq. es heißt:

δίκας τε καὶ πράξεις διδωσ[ίω], καθὼς καὶ συνεθόμεθα (iudicia et exactiones dabo, sicuti pacti sumus);

und ebenso ist das commercium in den Worten: κύριον δ' ἦμεν his καὶ τὰ ἄλλα πάντα συναλλάττον ausdrücklich vereinbart, obgleich die beiden Letzteren, wie im Vertrage von §. V., nicht durch einen einheitlichen technischen Begriff bezeichnet sind. Endlich die angeführten Schlußworte: κατὰ τὼς ταύτᾳ νόμως τὼς ἑκατέρῃ κειμένως stellen das auch in den entsprechenden italischen Verhält-

17) Diese Bestimmung kann meines Erachtens nur den Sinn haben, den Magistraten des einen Staates zur Verfolgung und Bestrafung der demselben angehörigen und vor dessen Forum gehörigen Verbrecher den Uebertritt auf das Gebiet des anderen Staates zu gestatten, wohin der Schuldige sich geflüchtet hatte.

18) Böckh ad h. l. p. 407. versteht unter den κριταί die πρέσβιστοι οἱ ἐπὶ εὐνομίας; allein gewiß mit Unrecht: diese üben in obiger Beziehung die Justiz im Ausland gegen ihre Bürger, jene üben die Justiz im Inlande gegen die Bürger der beiden föderirten Staaten.

19) Was unter χρεώψια zu verstehen ist, ist zweifelhaft; allein so viel ergiebt der Zusammenhang, daß πώλησις διὰ τὰ χρεώψια ein Kaufgeschäft von besonderer Beschaffenheit ist. Vielleicht handelt es hierbei sich um phönicische Rechtsformen.

nissen von uns vorgefundene (Thl. II. §. 27) leitende Princip auf, daß die Rechtsgeschäfte zwischen den Latiern und Olontiern dem Gesetze des Ortes des Abschlusses unterliegen.

§. VII.

Den betrachteten beiden cretensischen Staatsverträgen zunächst steht das dem nämlichen Zeitalter angehörige (s. not. 11.), in der Mnemosyne, I Deel Bl. 114. sq. ersichtliche Decret[20]) von Hierapytna, durch welches dieses die amicitia an Magnesia decretirt und zwar in einer bereits von Alters her bestehende Freundschaftsverhältnisse im Wesentlichen nur bestätigenden Weise. Denn hier wird zunächst in lin. 7—9 den Magneten Abgabenfreiheit und zwar bezüglich des Waaren-Importes, wie -Exportes, sodann aber auch außer Proëdrie auch ἐπιγαμία und ἔγκτησις, wie Isopolitie (s. §. II.) zugesprochen in den Worten:

no. 4. Μάγνησιν ἀτέλειαν καὶ προεδρίαν κ[αὶ ἐπιγαμίαν][21]) καὶ ἔνκτησιν καὶ θείων καὶ ἀνθρωπίνων μετοχὰν καὶ εἰσαγωγὰν κ[αὶ ἐξαγωγὰν] ὑπάρχεν κατὰ τὰ ἀρχαῖα (Magnetibus immunitatem et προεδρίαν et conubium et agrorum commercium et divinarum humanarumque rerum communionem et invectionem et exportationem esse more maiorum).

Schließlich aber wird in lin. 10. 11. noch zugesichert:

εἰ δέ τίς κα ἀδικηθῇ Μάγνης ἐν Ἱαραπύτνᾳ, [δό]μεν αὐτῷ τὸ δίκαιον καθάπερ καὶ τοῖς προξένοις (si quis Magnetium Hierapytnae iniuriam passus sit, reddemus ei ius, tamquam hospiti publico).

Hier daher finden wir ἐπιγαμία und ἔγκτησις, ebenso wie Rechtsschutz ausdrücklich zugesichert, während das commercium herausgetreten ist aus dem Kreise derjenigen Stücke der civilen Rechtsfähigkeit, welche durch Verleihung auf den Peregrinen übertragen werden.

Dieser Urkunde am Nächsten steht sodann das Decret der Byzantier bei Demosth. de corona 256.:

no. 5. Ἀθηναίοις δόμεν ἐπιγαμίαν, πολιτείαν, ἔγκτασιν γᾶς καὶ

---

20) Offenbar mit Unrecht bezeichnet Naber, in der Mnem. l. c. die Urkunde constant als einen verbond, da doch die ganze Fassung des Documentes hiergegen streitet.

21) Wegen dieser Ergänzung s. Naber l. c. p. 117.

οἰκιᾶς, προεδρίαν ἐν τοῖς ἀγῶσι, πόθοδον ποτὶ ταν βουλὰν καὶ τὸν δᾶμον πρᾶτοις μετὰ τὰ ἱερά, καὶ τοῖς κατοικεῖν ἐθέλουσι τὰν πόλιν ἀλειτουργήτοις ἦμεν πασᾶν τᾶν λειτουργιᾶν,

indem hier zwar ἐπιγαμία und ἔγκτησις den Athenern übertragen wird, die Ertheilung von commercium aber Erwähnung nicht findet, daneben aber auch noch die δικαιοδοσία in Wegfall gelangt ist.[21a])

## §. VIII.

Die nächstfolgende Klasse der einschlagenden Urkunden wird gebildet durch die Decrete, welche entweder ἔγκτησις und προδικία allein direct und ausdrücklich verleihen, oder zwar lediglich ἔγκτησις verleihen, daneben aber die προδικία implicite aussprechen. Das Erstere von Beiden, die Verleihung von ἔγκτησις und προδικία, liegt vor in der Proxenie von Cyme in C. I. no. 3523, und bei Le Bas, Inscr. V. no. 1522 bis:

no. 6. Ἐλπινίκω καὶ Ἀθα[ν]αδώρῳ τοῖς παίδεσσι τοῖς Ἀγρασιστράτω Τενεδίοισι εὐεργέταισι ἐόντεσσι δέδοσθαι καὶ αὔτοισι καὶ ἐκγόνοισι προξενίαν καὶ προεδρίαν καὶ ἀτέλειαν πάντων καὶ εἰσαγώγαν καὶ ἐξαγώγαν καὶ εἴσπλουν καὶ ἔκπλουν καὶ πολέμω καὶ εἰρ[ά]νας ἀσυλὶ καὶ ἀσπονδί, καὶ Κυμαίοις ἔμμεναι καὶ αὔτοις καὶ τοῖς ἐκγόνοις ἐντίμοις εὐθέως,[22]) καὶ [γ]ᾶς [κα]ὶ οἰκίας ἔγκτησιν καὶ δίκαις προδίκοις καὶ ὄττι κεν [οἱ ἄλλοι πρόξενοι ἔχ]ωσ[ιν, ὑ]π[άρχην καὶ τούτοισι].

Ferner in der Proxenie von Delphi für den Laïsta aus Heraclea bei Ross. inscr. Gr. ined. I. p. 22. sq. und bei Rangabé, Ant. hell. II. no. 714:

no. 7. ὑπάρχειν αὐτῷ καὶ ἐ[κ]γόνοις παρὰ τᾶς πόλιος προξενίαν, προμαντείαν, προδικίαν, ἀσυλίαν, ἀτέλειαν πάντων, προεδρίαν

21a) In Bezug auf einen Vertrag zwischen Athen und Theben sagt Demosth. de Coron. p. 340.: συνθέσθαι δὲ πρὸς αὐτοὺς καὶ συμμαχίαν καὶ ἐπιγαμίαν ποιήσασθαι· allein ob diese Angabe erschöpfend ist, bleibt zweifelhaft.

22) Böckh ad h. inscr. erklärt das ἐντίμοις εὐθέως durch: fruiillos statim ab initio omnibus Cymaeae civitatis iuribus; allein dies liegt weder in den Worten, noch darf es meiner Ansicht nach hineingetragen werden; ich würde vielmehr übersetzen: eos et liberos posterosque eorum protinus nobiles esse; denn die ἔντιμοι sind als besondere Classe des populus Cymaeus aufzufassen, deren specifisches Merkmal entweder auf einer politischen Sonderstellung oder auf einer höheren, socialen Werthschätzung beruht.

ἐμ πᾶσι τοῖς ἀγώνοις οἷς ἁ πόλις τίθητι, καὶ γᾶς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν καὶ τἄλλα [πάντ]α ὅσα καὶ τοῖς ἄλλο[ις] προξένοις καὶ εὐεργέταις τᾶς πόλιος ὑπάρχει.

Endlich in dem Decret von Odessus für Hermeios von Antiochia in C. I. Gr. no. 2056. lin. 11. sq.:

no. 8. δεδόσθαι αὐτῷ καὶ ἐκγόνοις προξενίαν, πολιτείαν, προεδρίαν, ἀτέλειαν χρημάτων πάντων ὧν ἂν εἰσάγωσι καὶ ἐξάγωσι ἐπὶ κτήσει, καὶ ἐγγείων ἔγκτησιν, καὶ δίκας προδίκους, καὶ εἴσπλουν καὶ ἔκπλουν καὶ πολέμου καὶ εἰρήνης ἀσυλεὶ καὶ ἀσπονδεί·

womit übereinstimmt das Decret derselben bei Le Bas, Insc. III. no. 1569. Ebenso gehört hierher die Proxenie von Daulis in Phocis bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 770. g, wie die Proxenie von Anticyra bei Le Bas Inscr. III. no. 1002., während bezüglich der ebendaher stammenden Proxenie bei Demf. no. 1001. die Erwähnung der ἔγκτησις ungewiß ist. Dagegen die Verleihung von ἔγκτησις allein und die implicite bestehende Zusicherung von προδικία findet sich vor in der Proxenie von Corcyra bei Vischer, Archäolog. und Epigraph. aus Korkyra p. 8. sq.:

no. 9. πρόξενον ποιεῖ ἁ ἁλία Διονύσιον Φρυνίχου Ἀθεναῖον αὐτὸν καὶ ἐκγόνους, δίδωτι δὲ καὶ γᾶς καὶ οἰκίας ἔμπασιν· τὰν δὲ προξενίαν γράψαντας εἰς χαλκὸν ἀνθέμεν εἴ κα προβούλοις καὶ προδίκοις δοκῇ καλῶς ἔχειν.

Ingleichen in der Proxenie von Corcyra in C. I. no. 1841.:

no. 10. πρόξενον εἶμεν Βοΐσκον Λυκόφρονος Δωδοναῖον, αὐτὸν καὶ ἐκγόνους, εἶμεν δὲ αὐτοῖς γᾶς καὶ οἰκίας ἔγκτασιν, καὶ τὰ ἄλλα τίμια ὅσα καὶ τοῖς ἄλλοις προξένοις καὶ εὐεργέταις. τὰν δὲ προξενίαν γράψαντας εἰς χάλκωμα ἀναθέμεν ὅπῃ κα δοκῇ προβούλοις, προδίκοις, στραταγοῖς καλῶς ἔχειν·

womit im Wesentlichen übereinstimmen die Proxenieen von Corcyra für Lykiscus und Echesthenes aus Priene, für Pausanias von Ambracia und für Philistion aus Locri in C. I. no. 1842.—1844.

## §. IX.

Die Verleihung der ἔγκτησις allein ohne jedwede Erwähnung der προδικία findet sich vor in der Proxenie von Minoa Cydoniatarum für den Clisthenes aus Hierapolis in C. I. no. 2558.:

no. 11. προξένος ἦμεν αὐτὸς καὶ ἔ[κ]γονα, ὑπά[ρ]χεν δὲ αὐτο[ῖ]ς καὶ ἰσοπολιτεῖαν καὶ [γ]ᾶς καὶ οἰκίας ἔν[κ]τησιν, [κα]ὶ ἀτέλειαν [ὧν ἂν ἐ]ιςάγ[ω]σι καὶ ἐξά[γ]ωσι καὶ κα[τ]ὰ [γ]ᾶν καὶ κ[α]τὰ θά[λασσ]αν κ[α]ὶ ἐν πολέμῳ καὶ ἐν ειρ[ά]ν[α].

Ferner in der Proxenie von Ilium für Metrodorus aus Amphipolis in C. I. no. 2596.:

no. 12. εἶναι δὲ αὐτὸν καὶ πρόξενον καὶ εὐεργέτην τῆς πόλεως, δεδόσθαι δ' αὐτῷ καὶ πολιτεῖαν καὶ [ἔγ]κτησιν καὶ ἔφοδον ἐπὶ τὴν βουλὴν καὶ τὸν δῆμον πρώτ[ῳ] μετὰ τὰ ἱερά· ἐξεῖναι δ' αὐτῷ καὶ εἰς φυλὴν καὶ φατρίαν ἣν ἂν βούληται ἐ[γγράφεσθαι]·

womit im Wesentlichen übereinstimmen die Proxenieen von Minoa auf Amorgus für den Sosistratus bei Ross, Inscr. Gr. ined. II. p. 24. und Rangabé, Antiq. hell. II. no. 765., wie die Proxenie von Pholegandros bei Ross, l. c. III. p. 62.

Nicht minder in der Proxenie von Athen für Charetus aus Apollonis in C. I. no. 90.:

no. 13. εἶναι αὐ]τὸν πρόξενον τοῦ δήμο[υ τοῦ 'Αθηναί]ων, καὶ αὐτὸν καὶ ἐκγόνους· εἶναι δὲ] αὐτῷ οἰκίας ἔγκτη[σιν·

womit im Wesentlichen übereinstimmt die Proxenie von Athen in C. I. no. 92, und bei Rangabé, Antiq. hell. II, no. 377. 411. 417. 458. 462. 473. 489. 502. 503. 2291. und ähnlich lautet die Proxenie von Aegosthena bei Le Bas, Inscr. Part. II. n. 12. und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 704.

Ingleichen in dem Bürgerbriefe von Ceos für die Aetoler in C. I. no. 2352. und bei Le Bas, Inscr. IV. no. 1765.:

no. 14. ἐψηφισμένοι εἰσὶν Ναυπάκτιοι πολιτεῖαν εἶναι Κείοις καὶ γῆς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν, καὶ τῶν ἄλλων μετέχειγ κείους ὥμπερ καὶ Ναυπάκτιοι μετέχουσιν· δεδόχθαι Κείων τῇ βουλῇ καὶ τῷ δημῷ, εἶναι Αἰτωλοῖς πολιτεῖαν ἔγ Κέῳ καὶ γῆς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν καὶ τῶν ἄλλων μετέχειν αὐτοὺς πάντων, ὥμπερ καὶ Κεῖοι μετέχουσι,

womit im Wesentlichen übereinstimmt der Bürgerbrief von Carthaea auf Ceos für den Cleomelus aus Athen in C. I. no. 2353. und bei Le Bas, Inscr. IV. no. 1766., und der Bürgerbrief von Heraclea in Thessalien für den Sext. Cornelius bei Le Bas, Inscr. III. no. 1139.

Ingleichen gehören hierher auch die Proxenieen von Thala bei

Le Bas, Inscr. II. no. 281., von Megara, ebendas. no. 29., sowie das Decret der Erannier zu Gunsten der Tejer ebendas. P. V. no. 76. lin. 40. sq.:

no. 14a δεδόχθαι, ἦμεν Τηίους πολίτας Ἐραννίων· εἶναι δὲ αὐτοῖς καὶ ἀτέλειαν καὶ ἔνκτησιν γᾶς καὶ οἰκίας,

womit übereinstimmt das Decret der Arkader ebendas. no. 80. Häufig finden wir aber auch neben der ἔγκτησις die ἀσφάλεια und ἀσυλία besonders zugesichert, so namentlich in der Proxenie der Acarnaner in C. I. no. 1793. a. und bei Le Bas, Inscr. III. no. 1043. lin. 7. sq.:

no. 15. προξένους εἶμεν καὶ εὐεργέτας τοῦ κοινοῦ τῶν Ἀρκάνων κατὰ τὸν νόμον Ἀγασίαν Ὀλυμπίωνος Πατρῆ, Πόπλιον, Λεύκιον τοὺς Ποπλίου Ἀκιλίους Ῥωμαίους, καὶ εἶμεν αὐτοῖς καὶ ἐκγόνοις ἐν Ἀκαρνανίᾳ ἀσφάλειαν καὶ αὐτοῖς καὶ χρήμασι καὶ κατὰ γᾶν καὶ κατὰ θάλασσαν καὶ πολέμου καὶ εἰράνας, καὶ γᾶς καὶ οἰκίας ἔγκτησιν, καὶ τὰ ἄλλα τίμια καὶ φιλάνθρωπα, πάντα ὅσα καὶ τοῖς ἄλλοις προξένοις καὶ εὐεργέταις τοῦ κοινοῦ τῶν Ἀκαρνάνων ὑπάρχει,

und ähnlich in den acarnanischen Proxenieen bei Le Bas, Inscr. III. no. 1041. 1042.

Ingleichen in der Proxenie der Lacedämonier in C. I. no. 1335.:

no. 16. Φίλωνα Λιπ...... [Λακεδ]αιμόνιον πρόξενον [εἶμεν καὶ ε]ὐεργέτα[ν] τοῦ κοινοῦ [τῶν] Λακεδαιμονί[ων], καὶ ἐγγόνου[ς αὐτοῦ], καὶ εἶμεν αὐ[τοῖς γᾶ]ς καὶ οἰκίας [ἔγκτασι]ν, καὶ ἐπινομίαν καὶ ἀτέλει[αν καὶ ἀσ]υ[λ]ίαν καὶ πολέμου καὶ εἰ[ράνας, κ]αὶ τὰ λοιπὰ τίμια, ὅσ[α] καὶ το[ῖς ἄλλοις] προξέ-ν[οις καὶ] εὐεργέται[ς],

womit ähnlichlautend ist die Proxenie der Geronthratae für den Lacedämonier Pelops in C. I. no. 1334., während stärkere Abweichungen bietet die Proxenie derselben bei Le Bas, Inscr. Part. II. no. 228. Nicht minder gehören in diese Klasse die thessalischen Proxenieen der Aenianer bei Le Bas, l. c. III. no. 1114. 1115. 1116. und der Hypatier bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 748., wie die Bürgerbriefe nebst Proxenie von Lamia ebendas. no. 1140, 1142—1146., wie bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 741 — 744. und 747.

Ferner in der Proxenie von Tanagrae in C. I. no. 1562.:

no. 17. πρόξεν]ον εἶμεν κὴ εὐεργέταν τᾶς πόλιος Ταναγρείων

Διουςκόριδα[ν] ...... ω 'Αθ[α]νεῖον, αὔτον κὴ ἐσγόνως, κὴ εἶμεν αὔτυς γᾶς κὴ Fυ[κίας ἔππα]σιν κὴ Fισοτελίαν κὴ ἀσφαλίαν κὴ ἀσουλίαν κὴ πολέμω [κὴ ἰράνας ἰώ]σας, κὴ κατὰ γᾶν κὴ κατὰ θάλατταν, κὴ τᾶλλα πάντα [ὁπόττα κὴ τῦ]ς ἄλλυς προξένυ[ς κὴ εὐεργέτης,

womit im Wesentlichen übereinstimmen die übrigen böotischen Proxenieen in C. I. no. 1563—1566., bei Le Bas, Inscr. P. III. no. 455. 469. 470. 497. 498. 630. 631., im Rhein. Mus. N. F. II. 1843. p. 107., sowie bei Rangabé, Antiq. bell. II. p. 252. no. 678 — p. 257. no. 687. und p. 259. no. 678 — p. 261. no. 682. (von Oropus), p. 503. no. 705ᵇ (von Thespia), und die Proxenieen von Chalaeum in C. I. no. 1567., und bei Le Bas l. c. no. 580.

Sodann in der Proxenie von Megara bei Le Bas, Inscr. II. no. 26.:

no. 17ª πρόξενον εἶμεγ καὶ εὐεργέταν αὐτόγ καὶ ἐκγόνους τᾶς πόλιος τᾶς Μεγαρέω[ν· εἶμεγ] δὲ αὐτῷ ἀσυλείαγ καὶ κατὰ γᾶγ καὶ κατὰ θάλασσαγ καὶ ἐμ πολέμω καὶ ἐν ειράνᾳ [κ]αὶ ο[ἰ]κίας ἔμπασιν,

womit ähnlich lautet die Proxenie von Megara bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 701.; ferner in der Proxenie von ebendas. bei Dems. no. 696.:

no. 17ᵇ εἶμεν αὐτὸν καὶ ἐκγόνους προξένους καὶ εὐεργέτας τᾶς πόλιος, καὶ εἶμεν αὐτῷ γᾶς καὶ [οἰ]κίας ἐπ[α]ρχ[ὰγ] καὶ προεδρίαν ἐμ πᾶσι τοῖς ἀγῶσι οἷς ἂν ἁ πόλις τίθησιν, καὶ ἀτέλειαν καὶ ἀσυλίαν καὶ ἐμ πολέμῳ καὶ ἐν εἰράνᾳ καὶ κατὰ γᾶγ καὶ κατὰ θάλασσαν,

womit übereinstimmen die Proxenieen von ders. Stadt bei dems. no. 695. 697.

Nicht minder in der Proxenie von Stiris in Phocis in C. I. no. 1724. b.:

no. 18. προξενίαν αὐ[τῷ καὶ] ἐ[κ]γόνοις καὶ ἔ[π]π[α]σιν [γᾶς καὶ ο]ἰκίας, ἐπινομία[ν] καὶ [ἀσυλί]αν καὶ ἀσφάλε[ι]αν καὶ [π]ολέμου] καὶ [ε]ἰράνας, καὶ [τ]ἄλλα ὅ[σαπερ καὶ] τοῖς ἄλλοις πρ[ο]ξένοις καὶ [εὐερ]γ[έτ]αις etc.,

womit im Wesentlichen gleichlautet die Proxenie von Stiris bei Le Bas, Inscr. III. no. 990., während ähnlich gehalten sind die Proxenieen und resp. Bürgerbriefe von Thaumacia in C. I. Gr. no.

1771—1773. und bei Le Bas, l. c. no. 1181—1184., wie die Proxenie von Ambrysus bei Demf. no. 975. und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 739.

Sodann in der Proxenie von Delos für Dikaeus aus Cyrene in C. I. Gr. no. 2267. lin. 15. sq.:

no. 19. εἶναι δὲ κ[αὶ αὐ]τὸν πρόξενον καὶ εὐεργέ[την] τοῦ ἱεροῦ καὶ Δηλίων καὶ αὐ[τὸν] καὶ ἐκγόνους· εἶναι δὲ αὐ[τοῖς ἀ]τέλειαν ἐν Δήλῳ καὶ [ἀσυλί]αν καὶ γῆς καὶ οἰκ[ίας] ἔγκτη[σιν] καὶ πρόσοδον πρὸς τὴμ βουλὴν καὶ τὸν δῆμον πρώτοις μετὰ τὰ ἱερά, καὶ προεδρίαν ἐν τοῖς ἀγῶσι καὶ αὐτῷ καὶ ἐκγόνοις, καὶ τὰ ἄλλα ὅσα καὶ τοῖς ἄλλοις προξένοις καὶ εὐεργέταις δέδοται,

womit im Wesentlichen übereinstimmen die Proxenieen von Delos in C. I. no. 2268 und 2269.

Endlich in dem Bürgerbriefe von Tenos in C. I. no. 2330.:

no. 20. εἶναι δὲ αὐτὸν καὶ ἐκγόνους προξένους κ[α]ὶ [εὐεργ]έτας τῆς πόλεως τῆς Τηνίων· δε[δόσθαι δ' αὐ]το[ῖ]ς [παρ]ὰ τοῦ δήμου καὶ πολιτείαν καὶ γῆς καὶ οἰκίας ἔνκτησιν, καὶ πρὸς φυλὴν καὶ φρατρίαν προσγρα[φῆν]αι [ὁποί]αν ἂμ βούλων[τα]ι, καὶ ἐμ πολέμῳ εἰρήνην καὶ [ἀ]σ[φάλειαν καὶ ἀσ]υλίαν καὶ προ[ε]δρίαν ἐν τοῖς ἀγῶσιν, οἷς ἡ πό[λ]ις σ[υ]ντ[ε]λεῖ, καὶ πρόσοδο[ν] πρὸς τὴμ βουλὴν καὶ τὸν [δῆμον], ἐάν του δέω[ν]ται, πρώτοις μετὰ τὰ ἱερά,

womit ähnlich lautend ist der Bürgerbrief von Tenos in C. I. no. 2333. und bei Le Bas, Inscr. IV. no. 1858., und die Proxenie von Cius in C. I. no. 3723.

## §. X.

In einer anderweiten Gruppe von Urkunden findet allein die προδικία, resp. mit Beifügung der ἀσυλία oder ἀσφάλεια Erwähnung, wogegen ἔγκτησις ebenso, wie alle übrigen Stücke der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit hinweggefallen erscheinen. Dies ist der Fall zunächst in der Proxenie von Parus für den Aretus aus Chios in C. I. Gr. II. Add. no. 2374. c., bei Ross, Inscr. Gr. ined. II. p. 41., bei Le Bas, Inscr. IV. no. 2094., u. bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 760.:

no. 21. ἀναγράψαι δὲ αὐτὸν τοὺς πρυτάνεις τοὺς μετὰ Ἀρχηγένους ἐς τὸ Πύθιον πρόξενον τῆς πόλεως αὐτὸγ καὶ ἐκγόνους·

εἶναι δὲ Ἀρήτῳ καὶ προεδρίαν καὶ δίκας προδίκους, ἐάν τι ἀδικῆται, καὶ πρόσοδον, ἐάν του δέηται, πρὸς τὴμ βουλὴγ καὶ τὸν δῆμον πρώτῳ μετὰ τὰ ἱερά,

womit übereinstimmt die Proxenie von Parus für den Chier Amphilycus und Cons. in C. I. Gr. II. Add. 2374. d., bei Ross, Inscr. Gr. ined. II. pag. 41. sq., bei Le Bas, Inscr. IV. no. 2095. und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 761.

Ferner in dem Decrete der Amphictyonen bei Curt. Anect. Delph. no. 40. p. 75. und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 713.:

no. 22. δοῦναι Εὐδόξῳ προδικίαν, ἀσφάλειαν καὶ ἐπιτιμὰν καθ' ἃ καὶ τοῖς ἄλλοις δίδονται αἱ προδικίαι καὶ αὐτῷ καὶ ἐκγόνοις καὶ χρή[μα]σι τοῖς αὐτοῦ,

und derselben bei Curtius, l. c. p. 48.:

no. 23. εἶναι αὐτῷ [καὶ ἐκ]γόνοις προδικίαν, ἀσφάλειαν, ἀσυλίαν, ἀτέλειαν [καὶ προεδρίαν ἐμ πᾶσι τοῖς ἀγῶ]σιν οἷς τιθέασιν οἱ Ἀμφικτύονες,

womit übereinstimmen die Decrete der Nämlichen bei Curt. l. c. no. 41. 42. u. 43. p. 76. sq., no. 45. pag. 78., bei Le Bas, Inscr. III. no. 833 — 841. 843., bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 706 — 712. bei Ross, Inscr. Gr. ined. I. p. 26., wo jedoch Curtius l. c. no. 41. p. 76. und Rangabé l. c. no. 708. statt προδικίαν vielmehr προξενίαν lesen.

Endlich die Proxenieen von Delphi bei Curt. Anect. Delph. no. 46. p. 79., und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 733.:

no. 24. δεδόσθαι αὐτῷ καὶ ἐκγόνοις προξενίαν, προμαντείαν, ἀσυλίαν, ἐπιτιμὰν καθάπερ Δελφοῖς, προεδρίαν ἐμ πάντεσσι τοῖς ἀγώνεσσι, οὓς ἁ πόλις ἄγει καὶ τὰ ἄλλα πάντα ὅσα καὶ τοῖς ἄλλο[ις] εὐεργέταις καὶ προξένοις,

und bei Curtius, l. c. no. 48. pag. 79., wie bei Rangabé, l. c. II. no. 717.:

no. 25. Δελφοὶ ἔδωκαν Λυκόφρονι Πολυάρχου Ν[α]ξ[ίῳ] αὐτῷ καὶ ἐκγόνοις προξενίαν, εὐεργεσίαν, προμαντείαν, προεδρίαν, προδικίαν, ἀσυλίαν, ἀτέλειαν πάντων καὶ τἄλλα ὅσα καὶ τοῖς ἄλλοις προξένοις καὶ εὐεργέταις,

womit ähnlichlautend sind die delphischen Proxenieen bei Curtius, Anect. Delph. no. 47. p. 79., no. 49. p. 80., no. 51 — 55. 57 — 66. p. 80. sq., in C. I. no. 1689, b. u. 1691 — 1693., im Rhein. Mus. N. F. II. 1843. p. 114. 116., bei Le Bas, Inscr. III. no.

856—870. 872. 875—882., und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 715. 718—732. 734. 736. 2276.

## §. XI.

In der letzten Classe der hierher gehörigen Urkunden fällt endlich auch die Erwähnung der προδικία aus und es verbleibt entweder nur noch die Erwähnung der ἀσυλία, wie in der Proxenie der Opuntii in C. I. no. 1752., welche gewährt:

no. 26. αὐτῷ καὶ [ἐ]γγό[νοις προξενίαν,] ἀσυλίαν καὶ αὐτοῖς [καὶ χρήμασι καὶ κατὰ γᾶν] καὶ κατὰ θάλασσαν,

womit übereinstimmt die Proxenie derselben bei Le Bas, Inscr. III. no. 1012.; und in der Proxenie von Megara bei Le Bas, Inscr. II. no. 30.:

no. 26a πρόξενον εἶμεγ καὶ εὐεργέταν αὐτὸγ καὶ ἐκγόνους τᾶς πόλιος τᾶς Μεγαρέων· εἶμεν δὲ [αὐ]τῷ ἀσυλίαγ καὶ κατὰ γᾶγ καὶ κατὰ θάλασσαγ καὶ ἐμ πολέμῳ καὶ ἐν εἰράνᾳ,

womit ähnlich lauten die Proxenieen von Megara bei Le Bas, l. c. II. no. 31. 32. 33. 34., wie bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 698—700. 702. und von Orchomenus bei Le Bas, l. c. II. no. 35., wie bei Rangabé, l. c. II. no. 703. und in welche Classe auch gehört die Proxenie von Delphi bei Le Bas, l. c. III. no. 874., von Naupactus ebendas. no. 1022., von Crannon ebendas. no. 1211. b., der Bürgerbrief nebst Proxenie von Mesambria ebendas. no. 1558. 1559., die Proxenieen von Erythrae ebendas. Part. V. no. 39. 40.; oder es bleibt auch die Angabe der ἀσυλία hinweg, wie in der Proxenie von Iasus in Carien in C. I. no. 2677.:

no. 27. [εἶναι] αὐτὸν πρόξενον καὶ πολίτην μετέχοντ[α] πάντων ὧγ καὶ [οἱ ἄ]λλοι πολῖται μετέχουσιν· εἶναι δὲ αὐτῷ καὶ προεδρίαν ἐν τοῖς [ἀ]γῶσι πᾶσιν, καὶ ἀτέλειαν, ὧν ἡ πόλις κυρία ἐστίν, καὶ εἴσπλουν [κ]αὶ ἔκπλουν καὶ ἐν εἰρήνῃ καὶ ἐμ πολέμῳ ἀσυλεὶ καὶ ἀσπονδεί· ὑπάρχειν δὲ ταῦτα καὶ τοῖς ἐκγόνοις αὐτοῦ,

womit im Wesentlichen übereinstimmt die Proxenie von Iasus in C. I. no. 2678.

Ferner in der Proxenie von Syrus für den Onesander von Siphnus in C. I. no. 2347. c. lin. 35. sq.:

no. 28. πρόξενόν τε αὐτὸν ἐποίησεν καὶ προεδρίαν ἔδωκεν ἐν τοῖς

ἀγῶσιν, οἷς ἡ πόλις συντελεῖ, καὶ πρόσοδον πρός τε τὴν βουλὴν καὶ τὸν δῆμον, ἐάν[τ]ου δέηται, πρώτῳ μετὰ τὰ ἱερά,

womit ähnlich lauten die Proxenieen von Syrus bei Le Bas, Inscr. IV. no. 1885., von Tenos in C. I. no. 2329. 2331. 2332. 2334. und bei Le Bas, Inscr. IV. no. 1854. 1856. 1857.

Sodann in der Proxenie einer mysischen civitas (Cyme?) in C. I. no. 3640. lin. 29. sq.:

no. 29. ὑπάρχειν δ[ὲ τῷ δ]ικάστῳ καὶ προξενίαμ παρὰ τᾷ πόλει καὶ ἔφοδον [ἐπὶ τ]ὰμ βόλλαγ καὶ δᾶμομ μετὰ τὸγ χρηματισμον [τ]ὸγ περὶ τῶν ἵρων· δεῖξαι δὴ καὶ πρέσβεια ἐν τᾷ ἐκκλησίᾳ, etc.

und in der Proxenie von Ios bei Ross, Inscr. Gr. in. III. p. 61. sq.:

no. 30. εἶναι αὐτὸν πρ[όξενον Ἰητῶν μετὰ τῶν ἤδη ὑπαρχόν]των καὶ εἶναι αὐτοῖς πρόσοδον πρὸς τὴμ [βουλὴν καὶ τὸν δῆμον πρώτοις με]τὰ τὰ ἱερά,

womit im Allgemeinen übereinstimmen die Proxenieen von Ios bei Ross, Inscr. Gr. ined. II. p. 7—11., von Amorgus in C. I. Gr. II. Add. 2264. l., die Proxenie von ebendas. bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 766., der Bürgerbrief nebst Proxenie von ebendas. bei Dems. l. c. no. 750., die Proxenie von Sicinus in C. I. Gr. II. Add. 2447. b. und bei Rangabé, l. c. no. 770 b., von Eretria bei Le Bas, Inscr. III. no. 1601., von Teus ebendas. V. no. 87., sowie der Bürgerbrief von Alexandria Troas in C. I. Gr. II. Add. 2152. b.

Nicht minder in der Proxenie von Athen in Rhein. Mus. N. F. XI. 1857. p. 598. sq.:

no. 31. εἶναι πρόξεν[ον καὶ εὐ]εργέτην τοῦ [δήμ]ου τοῦ Ἀθ[ηναίων] αὐτὸν καὶ ἐκγόνους αὐτο[ῦ καὶ ἐπιμε]λεῖσθαι αὐτοῦ τὴμ βου[λὴν καὶ τοὺ]ς στρατηγοὺς ὅτου ἂν δ[έηται,

womit übereinstimmen die Proxenieen von Athen in C. I. no. 84. 87., und bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 385. 413. 432. 463. 464. 483. 491. 2332., von Megara in C. I. no. 1052. und von Eretria in Rhein. Mus. N. F. II. 1843. p. 102.

Endlich in der Proxenie von Megara bei Le Bas, l. c. no. 27.:

no. 32. πρόξενον εἶμεν αὐτὸγ καὶ εὐεργέταν τᾶς πόλιος τᾶς Μεγαρέωγ καὶ ἐκγόνους αὐτοῦ,

womit ähnlich lauten die Proxenieen von Megara, ebendas. no.

28., wie bei Rangabé, Arch. hell. II. no. 693. 694., und die Proxenieen von Aegosthena bei Le Bas, l. c. no. 1. 2. 6. 7. 7a.; ingleichen in der Proxenie von Agrigentum für den Demetrius aus Syracus in C. I. no. 5491.:

no. 33. εἶμεν πρόξενον καὶ εὐεργέταν,

womit übereinstimmt die Proxenie von Melitae für Dens. in C. I. no. 5752., wozu vergl. auch C. I. III. Add. no. 5491. b.; endlich in dem Bürgerbriefe der Julieten bei Rangabé, Antiq. hell. II. no. 750c.:

no. 33a εἶν]αι αὐτὸν πολίτην καὶ τ[οὺ]ς ἐ[κγό]ν[ου]ς,

wie in dem Decrete der Arcader bei Le Bas, Inscr. V. no. 80. lin. 48. sq.:

no. 33b εἶναι — — προξένος τᾶς πόλιος ἁμῶν,

womit ähnlich lautet das Decret der Crannier ebendas. no. 76. lin. 47 sq., der Biannier ebendas. no. 77. lin. 38. sq.

## §. XII.

Fassen wir die in §. V sq. mitgetheilten Urkunden zu einem Ueberblicke zusammen, und ziehen wir hierbei vor Allem die Decrete zu Gunsten einzelner Individuen in Betracht, so haben wir eine vierfache Classe dieser Documente anzuerkennen, nämlich diejenige, wo

a. ἔγκτησις und προδικία verliehen wird: no. 6—10;
b. ἔγκτησις allein sich vorfindet: no. 11—20;
c. προδικία allein erwähnt ist: no. 21—25; endlich
d. die Erwähnung privatrechtlicher Rechtsfähigkeit ganz hinwegfällt: no. 26—33b.

In dieser vierfachen Abstufung aber dürfen wir im Allgemeinen das Resultat eines historischen Entwickelungsprocesses anerkennen, welcher mehr und mehr den verschiedenen Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ihre reelle Bedeutung entzog und in Folge dessen dieselben stückweise herausfallen ließ aus dem Kreise derjenigen Verleihungen, die als Gunstbezeugungen und Privilegien von den Staaten den politischen Freunden gewährt werden. Zwar läßt in einzelnen Beziehungen keineswegs sich verkennen, daß nicht solche successive Entwickelung, sondern anderweite sachliche Rücksichten jene Gradation bestimmten; denn indem wir z. B. finden, daß die Bürgerbriefe von Tenos (no. 20.) der Classe unter b, da-

gegen die Proxenieen des nämlichen Staates (no. 28.) der Classe unter d. anheimfallen, ohne daß eine bedeutende zeitliche Verschiedenheit zwischen beiden Classen tenischer Urkunden zu statuiren wäre, so erkennen wir hiermit, daß hier nicht ein zeitlicher Entwickelungsgang des tenischen Staats- und Rechtslebens das Hinwegfallen der ἔγκτησις aus den Proxenieen bestimmte, sondern daß der maaßgebende Grund hierfür vielmehr darin zu erblicken ist, daß Tenos, indem es seine Civität von der Proxenie trennte, die ἔγκτησις als besonderes Attribut und als Sonderrecht der Ersteren vorbehielt, dagegen solche der Proxenie als einen derselben fremden Bestandtheil versagte, eine Ordnung, die wir in gleicher Weise bereits zu Rom (Thl. II. §. 17.), wie in Sicilien (Thl. II. not. 457.) vorfanden. Und ebenso werden wir vom gleichen Gesichtspunkte aus mehrfach das Fehlen der ἐπιγαμία in den Proxenieen zu erklären haben. Ja andrentheils weist auch wiederum die Verschiedenheit des Inhaltes der Proxenieen ein und desselben Staates, so von Megara wie von Athen, welche im einen Falle ἔγκτησις gewähren (no. 14. 17a. 17b und no. 13.), im anderen Falle dagegen nicht (no. 26a. 32. und no. 31.), deutlich darauf hin, daß das Maaß des an den Proxenos Verliehenen mehrfach durch besondere Rücksichten bestimmt sein mochte, diesfalls aber nicht ein zeitliches Successionsverhältniß in der obigen Ordnung uns entgegentritt. Und endlich haben wir auch anzuerkennen, daß wiederum in gewissen Fällen einzelne Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit lediglich um deßwillen in den Verleihungen keinen Ausdruck fanden, weil jene Stücke als stillschweigend verständliche Pertinenzen anderer verliehener Partieen vorausgesetzt und anerkannt wurden, woraus dann das Fehlen der κοινωνία ἀλλακτική u. δικαιοδοσία bei Erwähnung der προδικία mehrfach sich erklären läßt. Allein indem wir andererseits auch wiederum der Annahme Raum zu geben haben, daß im großen Ganzen alle diejenigen Rechtszuständigkeiten, welche von reeller Bedeutung und höherer Wichtigkeit für den Beliehenen waren, auch wirklich ihren Ausdruck in den Verleihungen selbst fanden, so dürfen wir nun auch in der That hinter der obigen Gradation im Allgemeinen einen successiven Entwickelungsgang anerkennen und der Annahme Raum geben, daß das Fehlen der κοινωνία ἀλλακτική, δικαιοδοσία und der ἐπιγαμία in den obigen Urkunden, wie das Verschwinden der

προδικία und ἔγκτησις als die einzelnen Punkte einer Linie anzuerkennen sind, auf welcher das griechische und hellenistische Alterthum fortschreitend sich bewegte: es verlieren allmählig jene verschiedenen Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit ihre reelle Bedeutung und um deßwillen nun fallen sie stückweise heraus aus dem Kreise derjenigen Verleihungen, die als Privilegien den einzelnen Individuen gewährt werden. Denn nur von diesem Gesichtspunkte allein aus vermögen wir zu erklären, daß z. B. in verschiedenen Bürgerbriefen, wie auch in Proxenieen die ἔγκτησις allein, dagegen weder die ἐπιγαμία, noch auch die κοινωνία ἀλλακτική, δικαιοδοσία oder προδικία erwähnt werden (§. IX.) und in anderen Proxenieen wiederum kein einziges dieser Stücke der Rechtsfähigkeit sich vorfindet. (§. XI). Als den alleinigen Grund aber jener Erscheinung selbst, daß die einzelnen Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit allmählig und stufenweise ihre reelle Bedeutung verlieren, haben wir zu statuiren, daß das griechische, wie hellenistische Alterthum schrittweis und in entsprechender Maaße das System der nationalen Herrschaft des Rechtes fallen ließ und zu einem anderen Systeme der Herrschaft des Rechtes über die Person überging, bei welchem die Rechtsfähigkeit nicht mehr als persönliche Qualität des Subjectes sich darstellte, somit aber die Verleihung der Rechtsfähigkeit an den Peregrinen als völlig entbehrlich sich erwies.

Dieses Resultat selbst aber findet seine bestimmtere Bestätigung und jener Gesichtspunkt seine unzweideutigere Berechtigung durch die Urkunden welche Beschlüsse zu Gunsten von politischen Gesammtheiten enthalten, und bezüglich deren wir fünf Classen unterscheiden können, nämlich:

a. diejenigen Urkunden, welche ἐπιγαμία und ἔγκτησις, Beides unter technischer Bezeichnung, ingleichen auch commercium und ius actionis, Beides aber in sachlicher Umschreibung, somit also alle die vier Stücke der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit verleihen, die wir in §. III. feststellten; hierher gehört das foedus unter no. 2., dem wir auch das unter no. 3. insofern gleichstellen dürfen, als hier zwar die ἔγκτησις fehlt, allein lediglich aus einem besonderen, uns unbekannten Grunde;

b. diejenigen Urkunden, wo ἐπιγαμία und ἔγκτησις verliehen und Klagschutz zugesichert wird: no. 4.;

c. diejenigen Urkunden, wo ἐπιγαμία u. ἔγκτησις verliehen werden, die Erwähnung des Klagschutzes dagegen hinwegfällt: no. 5.;
d. diejenigen Urkunden, wo ἔγτησις allein verliehen wird: no. 14. 14a. und unten no. 41.;
und an diese vier Classen schließen sich endlich
e. diejenigen Urkunden an, in denen eine Verleihung der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit nicht ausgesprochen wird. Und hierher gehören nun zunächst das foedus zwischen Hierapytna und Rhodus in Mnemosyne I Deel Bl. 79? sq., welches, ungefähr in das Jahr 534 u. c. fallend, ein reines Schutz- und Trutzbündniß (συμμαχία) enthält, ohne irgend welche Vereinbarung über die privatrechtliche Rechtsfähigkeit der beiderseitigen Bürger auszusprechen.[23]) Sodann gehört hierher die Urkunde in C. I. Gr. no. 3137. lin. 34—88, welche, ungefähr in das J. 510 d. St. fallend, theils einen Freundschaftsvertrag zwischen Smyrna und Magnesia in Lydien (συνέθεντο τὴμ φιλίαν Σμυρναῖ[οί] τε καὶ οἱ ἐμ Μαγνησίᾳ κάτοικοι, lin. 34. 35) enthält, theils eine Verleihung der Civität von Seiten Smyrna's an die Magneten (καὶ τὴμ πολιτείαν ἔδωκαν Σμυρναῖοι τοῖς ἐμ Μαγνησίᾳ κατοίκοις, lin. 35. 36). Denn auch in diesem Psephisma ist von Gewährung privatrechtlicher Rechtsfähigkeit oder des Rechtsschutzes im Allgemeinen nirgends die Rede, und lediglich die Schwurformel für die eidliche Bestärkung des Vertrages enthält in lin. 66 und 76 die Clausel:

no. 34. οὔτε αὐτὸς ἀδικήσω αὐτῶν οὐθένα οὔτε ἄλλῳ ἐπιτρέψω οὐθενὶ κατὰ δύναμιν τὴν ἐμήν· καὶ ἐάν τινα αἰσθάνωμαι ἐπιβουλεύο[ντα] τῇ πόλει ἢ τοῖς χωρίοις τοῖς τῆς πόλεως, ἢ τὴν δημοκρατίαν ἢ τὴν ἰσονομίαν καταλύοντα, μηνύσω τῷ δήμῳ τῷ Σμυρναίων, καὶ βοηθήσω ἀγωνι[ζόμ]ενος μετὰ πάσης φιλοτιμίας, καὶ οὐκ ἐγκαταλείψω κατὰ δύναμιν τὴν ἐμαυτοῦ, und in der Eidesformel der Smyrnäer: ἐπιβουλεύοντα αὐτοῖς ἢ τοῖς ἐκγόνο[ις] αὐτῶν ἢ τοῖς ὑπάρχουσιν αὐτῶν, μηνύσω ὡς ἂν τάχιστα δύνωμαι, καὶ βοη[θήσ]ω μετὰ φιλοτιμίας (neque

23) Hier liegt das Bemerkenswerthe weniger darin, daß die συμμαχία keine Vereinbarung privatrechtlicher Rechtsfähigkeit enthält, — denn dieses ist, wie das foedus zwischen Elis und Heräa in C. I. Gr. no. 11. beweist, überhaupt solchem Vertrage von Vorn herein fremd; — als vielmehr darin, daß diesem Zeitalter eine reine συμμαχία genügen konnte, ohne Stipulationen über privatrechtliche Rechtsfähigkeit der beiderseitigen Bürger.

egomet ipse iniuriam faciam ulli eorum, neque alium ulli sinam pro potestate mea; et si quem percipio insidias parare civitati vel agro civitatis, aut imminuere statum popularem vel aequabilitatem, denuntiabo populo Smyrnaeorum atque auxilio ero consors omni ardore neque derelinquam pro viribus meis, und: insidias parare iis vel liberis et posteris eorum vel studiosis eorum, denuntiabo quam primum possum atque auxilio ero ardore).

Dahingegen berücksichtigt aber die Urkunde die durch das doppelte Bürgerrecht entstehende Collision der in Frage kommenden beiden iura civilia, hierbei lin. 39. 40. den Satz an die Spitze stellend:

[πολ]ιτεύσονται δὲ μετὰ Σμυρναίων κατὰ τοὺς τῆς πόλεως νόμους [ἀ]στασιάστως (in civitate [sc. Smyrnaea] versabuntur [sc. Magnetes] cum Smyrnaeis secundum civitatis leges integros se servantes),

womit übereinstimmt der Passus in der Eidesformel für die Magneten lin. 64. 65.

πολιτεύσομαι μεθ' ὁμονοίας ἀστασιάστως κατὰ τοὺς Σμυρναίων νόμους καὶ τὰ ψηφίσματα τοῦ δ[ή]μου (in civitate versabor concordissimus et integrum me servans secundum Smyrnaeorum leges et plebiscita).

Seine genauere Feststellung und Bestimmung erhält aber dieser Satz durch die Vorschrift in lin. 54. 55:

χρήσθωσαν δὲ οἱ πολιτογραφηθέντες καὶ ἐμ Μαγνησίᾳ περὶ τῶν συναλλ[αγμάτ]ων καὶ τῶν ἐγκλημάτων, τῶμ πρὸς Σμυρναίους τοῖς νόμοις τοῖς Σμυρναίων· δεχέσθωσαν δὲ καὶ ἐμ Μαγνησίᾳ τὸ νόμισμα τὸ τῆς πόλεως [ἔνν]ομον (utuntor autem cives cooptati [sc. Magnetes] et Magnesiae de negotiis actionibusque cum Smyrnaeis contractis legibus Smyrnaeorum; subiiciuntur et Magnesiae iuri civitatis [sc. Smyrnaeae] quod moribus obtinuit).

Hier daher sehen wir das System der causalen Herrschaft auf den gesammten vermögensrechtlichen Rechtsverkehr zwischen Smyrnäern und Magneten in der Weise ausgedehnt, daß allenthalben hierbei das ius civile Smyrnaeorum die maaßgebende Norm bildete. Allein diese Gestaltung der Verhältnisse ist in der That als abhängig aufzufassen und nur daraus zu erklären, daß Smyrna an die Magneten die Civität ertheilte, nicht aber vice versa gleiche

Verleihung gewährt wurde, hierdurch aber das smyrnäische Recht jenes Uebergewicht über das magnetische erlangte.

Nicht minder gehört nun aber auch in diese Classe das Decret der Apteräer zu Gunsten der Tejer, wohl dem Ausgange des 6. Jahrhunderts der St. angehörend[24]) bei Le Bas, Inscr. P. V. no. 75. lin. 37 sq.:

no. 35. Ἀνενεώσαμεν, οἷα παρεκαλεῖτε διὰ τοῦ ψαφίσματος, καὶ οὐκ ἀδικέομεν Τηίος συγγενέας καὶ φίλος ὑπάρχοντας οὔτε πολέμου οὔτε ἰράνας, καθότι οὔτε πρότερον· πειράζομεν δὲ καὶ, ἐάν τινες ἀδικῶντι Τηίος ἢ κατὰ κοινὸν ἢ κατ' ἰδίαν ἢ κατὰ γᾶν ἢ κατὰ θάλασσαν ἐόντας ἱαρὸς καὶ ασυαος (leg. ἀσύλος) βοαθεῖν αὐτοῖς, καθότι ἂν ὦμεν δυνατοὶ, καὶ ἐάν τινες ὁρμιόμενοι ἐξ ἀπτέρας ἀδικήσωντι Τηίος, εἶναι αὐτὸς ἐνόχος τῷ τῆς ἱεροσυλίας νόμῳ· (renovavimus, quaecunque petebatis de decreto, et non iniuriam facimus ad Teios cognatos et amicos se habentes neque in bello, neque in pace, quomodo neque prius; conabimur etiam, si qui iniuriam faciant ad Teios sive in publicum sive in privatum sive in terra sive in mari habitos inviolabiles et salvos, opem ferre iis, quomodo possimus, et si qui navem appellentes ad terram ex iniusto iniuriam fecerint ad Teios, esse eos adstrictos sacrilegii legi);

ingleichen das Decret der Biannier zu Gunsten der Tejer, ebenfalls dem Ausgange des 6. Jahrh. d. St. angehörend (not. 24.) bei Le Bas, Inscr. P. V. no. 77. lin. 24 sq.:

no. 36. Ποιοῦμεν δὲ ὑμᾶς καὶ ἰσοπολίτας καὶ ἀτελεῖς καὶ πολέμω καὶ εἰράνας· καὶ ἐάν τινες ἐπὶ τὰν χώραν τὰν καθιερωμέναν

---

24) Die im Nachstehenden erwähnten Decrete zu Gunsten der Tejer sind als von den tejischen Gesandten vermittelt worden entweder von Apollodotus, Sohn des Astyanax, und Colotas, Sohn des Hekatonymus, oder von Herodotus, Sohn des Menedotus, und Menecles, Sohn des Dionysius. Die ersteren Beiden fungirten aber zu einem früheren Zeitpunkte als Gesandte, denn die letzteren Beiden, wie wir daraus ersehen, daß die Ersteren das ältere Decret der Arkader (unter no. 40.), die Letzteren das jüngere Decret derselben (unter no. 41.) vermittelten. Da nun Apollodotus und Colotas erweislich im J. 560 d. St. fungirten (vgl. Böckh im C. I. Gr. zu no. 3047.), so fallen die von ihnen vermittelten Decrete in dieses oder in die benachbarten Jahre; dagegen die von Herodotus und Menecles vermittelten Decrete fallen in eine spätere, obwohl schwerlich um Vieles jüngere Zeit.

καὶ ἐπὶ τὰν πόλιν ἐπερχόμενοι πολεμῶσιν ἢ ἀφαιρῶνταί τι ὑμῶν, βοαθήσομεν, καθότι ἂν ὦμεν δυνατοί· ἔν τε τοῖς λοιποῖς πειρασόμεθα, αἰεί τινος ἀγαθῶ ὑμῖν παραίτιοι γίνεσθαι· (facimus autem vos et municipes et immunes et in bello et in pace; et si qui in terram consecratam et in urbem aggredientes arma inferant sive auferant quid vestrorum, opem feremus, quomodo possimus; in reliquis autem conabimur, semper cuiuscunque commodi vobis adiutores fieri);

womit ähnlich lautet das derselben Zeit anheimfallende Decret der Palläer zu Gunsten der Tejer bei Le Bas, l. c. no. 78.; sodann das Decret der Allarioten zu Gunsten der Tejer, um das J. 560 d. St. fallend (not. 24.) bei Le Bas, l. c. P. V. no. 73. lin. 24 sq.:

no. 37. Τάν τε πόλιν καὶ τὰν χώραν ἀνίεμεν ἱερὰν καὶ ἄσυλον νῦν τε καὶ εἰς τὸν ἄλλον χρόνον πάντα· καὶ πειρασόμεθα, ἀεί τινος ἀγαθῶ παραίτιοι γίνεσθαι καὶ κοινᾷ καὶ ἰδίᾳ· ἐάν τέ τινες ἄγωσιν Τηίως ἢ τὸς κατοίκοντας παρ' αὐτοῖς, οἱ κόσμοι καὶ ἄλλος βωλόμενος Ἀλλαριωτᾶν ἢ Τηίων ἀφελόμενοι καὶ ἀποδίδοντες ἐς τοῖς ἀδικημένοις κύριοι ἔστων· (urbem et terram facimus sanctam et inviolabilem; et conabimur, semper cuiuscunque commodi adiutores fieri et publice et privatim; si qui spolient Teios sive incolas eorum, cosmi et alius qui volet Allariotarum vel Teiorum adimendi et tribuendi iis, qui iniuriam passi sunt, potestatem habento),

womit fast vollkommen übereinstimmt das gleichem Zeitpunkte angehörige Decret der Cydoniaten zu Gunsten der Tejer bei Le Bas, l. c. P. V. no. 64. lin. 21 sq. und C. I. Gr. no. 3055.; ferner das Decret der Aetoler zu Gunsten der Tejer bei Le Bas, l. c. P. V. no. 85. lin. 3 sq. und in C. I. Gr. no. 3046., dem Jahre 563—565 d. St. anheimfallend (vgl. Böckh in C. I. Gr. ad h. inscr.):

no. 38. Δεδόχθαι τοῖς Αἰτωλοῖς, ποτὶ τοὺς Τηίους τὰν φιλίαν καὶ οἰκειότατα τὰν ὑπάρχουσαν διαφυλάσσειν καὶ τὰ ψαφίσματα τὰ πρότερον γεγονότα αὐτοῖς περὶ πάντων τῶν φιλανθρώπων κατάμονα εἶμεν· ὑπάρχειν δὲ αὐτοῖς παρὰ τῶν Αἰτωλῶν τᾶς τε πόλιος καὶ τᾶς χώρας τὰν ἀνιέρωσιν καὶ ἀσυλίαν, καθὼς καὶ οἱ πρεσβευταὶ ἠξίουν· καὶ μηθένα Αἰτωλῶν μηδὲ τῶν ἐν Αἰτωλίᾳ κατοικεόντων ἄγειν τοὺς Τηίους μηδὲ τοὺς ἐν Τέῳ κατοικέοντας μηδαμόθεν ὁρμωμένους, ἀλλὰ τὰν ἀσφάλειαν καὶ ἀσυλίαν εἶμεν αὐτοῖς τὰ ἀπ' Αἰτωλῶν καὶ τῶν ἐν

Αἰτωλίᾳ κατοικεόντων. Εἰ δέ τίς κα ἄγῃ ἢ αὐτοὺς ἢ τὰ ἐκ τᾶς πόλιος ἢ χώρας, τὰ μὲν ἐμφανῆ ἀναπράσσειν τὸν βουλόμενον πρὸς τοὺς συνέδρους[24a]) ἀεὶ τοὺς ἐνάρχους, τῶν δὲ ἀφανέων ὑποδίκους εἶμεν τοὺς [ἠδι]κηκότας, γινομένας τοῖς Τηΐοις τᾶς ἐγδικάσιος καὶ τᾶς λοιπᾶς οἰκονομίας, καθὼς καὶ τοῖς Διονυσιακοῖς τεχνίταις ὁ νόμος τῶν Αἰτωλῶν κελεύει· (placuit Aetolis, erga Teios amicitiam et necessitudinem quae est conservare et decreta prius facta iis de omnibus beneficiis firma habere; sit autem iis apud Aetolos urbis et agri sanctitas et asylia, sicut et legati petierunt; neque ullum Aetolorum vel eorum qui in Aetolia habitant, etsi alicunde veniant, spolient Teios vel eos qui Tei habitant, sed immunitas et asylia sit iis ab Aetolis iisque qui in Aetolia habitant. Si vero quis spoliet sive eos sive quae in urbe sive in agro sunt, bona manifesta repetat qui volet apud synedros qui quoque tempore magistratum gerunt, de bonis autem latentibus obnoxii sint ii, qui iniuriam fecerint, statuto Teiis ordini iudiciorum ceterisque praeceptis, qualia Dionyisacis artificibus lex Aetolorum concedit);

sowie das Decret der Aetoler zu Gunsten der Ceer im C. I. Gr. no. 2350, dem J. 512—532 d. St. angehörig (vgl. Böckh in C. I. Gr. ad h. inscr.):

no. 39. Ἔδοξεν τοῖς Αἰτωλοῖς, ποτὶ τοὺς [Κε]ίους τὰν φιλίαν τὰν ὑπάρχουσαν διαφυλάσσειν, καὶ μηθένα [ἄ]γειν Αἰτωλῶν μηδὲ τῶν ἐν Αἰτωλίᾳ πολιτευόντων τοὺς Κείους μηθαμόθεν ὁρμώμενον, μήτε κατὰ γᾶν μήτε κατὰ θάλατταν, μήτε ποτ' Ἀμφικτυονικὸν μήτε ποτ' ἄλλο ἔγκλημα μηθέν, ὡς Αἰτωλῶν ὄντων τῶν Κείων· εἰ δέ τίς κα ἄγῃ τοὺς Κείους, τὸν στρατα γὸν ἀεὶ τὸν ἐνάρχοντα τὰ ἐν Αἰτωλίαν καταγόμενα [καταδικάζ]οντα κύριον εἶμεν, καὶ τοὺς συνέδρους καταδικάζοντας τοῖς Κείοις [τὰν τῶ]ν ἀ[γόντων αὐ]το[ὺς ζα]μίαν, ἄγ κα δοκιμάζωντι, κυρίους εἶμεν·[25]) (placuit Aetolis, erga Ceos ami-

24a) Böckh liest: τὸν ἐγ[δική σ]αντα πρὸς συνέδρους, dagegen Le Bas: τὸν βουλόμενον καὶ τοὺς συνέδρους; dieser letzteren Lesart vermag ich jedoch keinen Sinn abzugewinnen. Ebenso liest Le Bas weiterhin Λ· ΝΗΚΟΤΑΣ, wobei das Λ als theilweis verwischt markirt wird, dagegen Böckh . . . ΚΙΗΚΟΤΑΣ. Endlich Böckh: ἐγδικαξίος, wogegen Le Bas: ἐγδικασιος.

25) Das entsprechende Decret der Ceer zu Gunsten der Aetoler überliefert

citiam quae est conservare, neque spoliet ullus Aetolorum vel eorum, qui in Aetolia habitant, Ceos, etsi alicunde ille veniat, neque terra, neque mari, neque propter accusationem apud Amphictyones motam, neque propter aliam, siquidem Aetoli sint Cei; sed si quis spoliet Ceos, στρατηγός quoque tempore magistratum gerens ea, quae in Aetoliam adducta fuerint, ad iudicandi [Ceis] potestatem habeat, et synedros adiudicandi Ceis eorum qui hos spoliarunt damnum, postquam aestimaverint, potestatem habeant);

endlich das Decret der Arkader zu Gunsten der Tejer, um das J. 560 d. St. fallend (not. 24.) bei Le Bas, Inscr. P. V. no. 72. lin. 26 sq.:

no. 40. Προαιρεόμενοι οὖν ἐμ πᾶσιν εὐχαριστεῖν καὶ μεμναμένοι τὰν προϋπάρχωσ[α]ν ταῖ[ς] πόλεσι συγγένειαν, τάν τε καθιέρωσιν τῷ Διονύσῳ τᾶς τε πόλιος καὶ τᾶς χώρας ὑμέων ἔτι δὲ ἱερὰν καὶ ἄσυλον ἦμεν — — δίδομεν, καὶ τὰ λοιπὰ τὰ ὑπάρχοντα ὑμῖν ἔνδοξα καὶ τίμια διαφυλαξόμενα προφασίστως, ἐφόσον ἦμεν ἐν δυνατῷ. καὶ αἴ τινες τῶν ὁρμιομένων Ἀρκάδων ἀδικήσωντί τινα Τηίων ἢ κοινᾷ ἢ ἰδίᾳ παρὰ τὸ γραφὲν δόγμα περὶ τᾶς ἀσυλίας ὑπὸ τᾶς πόλιος τᾶς Ἀρκάδων, ἐξέστω τῷ παραγενομένῳ Τηίων, ἐπιλαβέσθαι καὶ τῶν σωμάτων καὶ χρημάτων· αἴ τίς κα ἄγῃ, οἱ δὲ κόσμοι οἱ τότε ἀεὶ κοσμέοντες ἐπαναγκαζόντων, ἀποδιδόμεν τὸς ἔχοντας, ἀζάμιοι ιοντες (leg. ἐοντὲς) καὶ ἀνυπόδικοι· (constituentes igitur omnino gratos nos praebere, et memores praecedentis inter civitates cognationis, non solum consecrationem Dionyso factam urbis et agri vestrum porro sanctam et inviolabilem esse damus, sed et reliqua commoda vobis honorifica et cara conservanda per occasionem, quatenus in nobis sita erant; et si qui navem apellentium Arcadiorum iniuriam fecerint ad quem

---

in seinem Eingange Rangabé, Antiq. hell. II. no. 750c: ἔδοξ[εν τῇ βου]λῇ καὶ τῷ δήμῳ. Ἐπ[ειδ]ὴ Αἰτωλοὶ τὰν φιλίαν [δια]φ[υ]λά[το]ν[τε]ς [Κεί]ο[ις, φα]σὶν μὴ εἰς ἀγαθὸν εἶναι τ[α]ῖς Κείων πόλεσιν κατάραν θεοῖς δοῦναι, καὶ μη[δένα ἄ]γειν Αἰτωλῶν τοὺς Κείους μὴ κατὰ γᾶν καὶ θάλατταν, μήτε ποτ' Ἀμφικτυονικὸν μήτε ποτ' ἄλλο ἔγκλημα μηθὲν, ὡς Αἰτωλῶν ὄντων τῶν Κείων, φίλων ὡς ξένους ἀγαθοὺς εἶναι λέγο[ντ]ας. Rangabé nimmt auch hier, wie bei not. 9. ἄγειν für emmener en esclavage; allein der Schluß des obigen Decretes der Aetoler beweist, daß dies unrichtig ist.

Teiorum sive publice sive privatim contra scriptum placitum de asylia a civitate Arcadiorum, licitum esto unicuique praesenti Teiorum manum iniicere et in corpora et in res; si quis spoliet, cosmi qui tunc quoque tempore magistratum gerunt, cogunto reddere possessores, vacui damnis et actionibus);

womit fast vollkommen übereinstimmen die dem nämlichen Zeitpunkte angehörigen Decrete des κοινὸν τὸ Λατίων zu Gunsten der Tejer bei Le Bas, l. c. P. V. no. 67. lin. 20. sq. und C. I. Gr. no. 3058., der Λάτιοι οἱ πρὸς Καμάρα zu Gunsten derselben bei Le Bas, l. c. P. V. no. 74. lin. 23. sq., der Sybritier zu Gunsten derselben bei Le Bas, l. c. P. V. no. 66. lin. 19. sq. und C. I. Gr. no. 3049., der Histronier zu Gunsten derselben bei Le Bas, l. c. P. V. no. 70. lin. 28. sq. und C. I. Gr. no. 3048.; sowie das spätere Decret der Arcader zu Gunsten der Tejer, wohl dem Ausgange des 6. Jahrh. d. St. angehörig bei Le Bas, l. c. P. V. no. 80. lin. 30. sq. und C. I. Gr. no. 3052.:

no. 41. Τό τε πρότερον δόγμα, ὃ ἔχετε παρ' ἡμῶν περὶ τᾶς ἀσυλίας καὶ τᾶς καθιερώσιος τᾶς τε πόλιος καὶ τᾶς χώρας, ἀναγράψομεν, καθότι παρακαλεῖτε διὰ τοῦ ψαφίσματος, εἰς τὸ ἱερὸν τοῦ Ἀσκλαπιοῦ καὶ συντηρήσομεν τὰ δεδόμενα ὑμῖν φιλάνθρωπα. Παρακαλεσάντων δὲ ἁμὲ τῶν πρεσβευτᾶν, δοῦναι ὑμῖν ἰσοπολιτείαν καὶ ἔνκτησιν γᾶς καὶ οἰκίας καὶ ἀτέλειαν, ταῦτά τε δίδομεν ὑμῖν, καὶ ἐάν τινες ἀδικῶσιν ὑμᾶς ἢ τὰν χώραν παραιρῶνται τὰν καθιερωμέναν τῷ Διονύσῳ καὶ πολεμέωσιν κατὰ γᾶν ἢ κατὰ θάλασσαν, βοαθήσομεν ὑμῖν, καθότι ἂν ἔωμεν δυνατοί· εἶναι δὲ καὶ τὰ φιλάνθρωπα Τηίοις παρ' Ἀρκάσι πάντα, ὅσα καὶ Ἀρκάσιν ἔσται· (prius placitum, quod habetis apud nos de asylia et consecratione urbis et agri, inscribemus, quomodo petitis per decretum, in sacrum Asclepii et conservabimus data vobis beneficia. Precatis autem nos legatis, ut daremus vobis isopolitiam et commercium agrorum aediumque et immunitatem, haec dedimus vobis et si qui iniuriam faciant ad vos sive agrum violaverint consecratum Dionyso et arma inferant terra marique, opem feremus vobis, quomodo possimus; esse autem et beneficia Teiis apud Arcados omnia, quanta et Arcadis erunt);

womit im Allgemeinen übereinstimmt das demselben Zeitpunkte

angehörige Decret der Erannier zu Gunsten der Tejer (oben no. 14 a), während endlich die oben unter no. 14 mitgetheilte Urkunde, betreffend ein Decret der Naupactier zu Gunsten der Ceer, wie der Letzteren zu Gunsten der Aetoler nach Böckh für gleichzeitig mit dem Decrete unter no. 38., somit in die zweite Hälfte des 6. Jahrh. zu setzen ist.

Die gleichmäßige Haltung der sämmtlichen unter no. 34. sq. angezogenen Urkunden aber berechtigt uns nun in der That zu der Annahme, daß im Allgemeinen in der zweiten Hälfte des 6. Jahrh. d. St. die in §. III. dargelegte Abschichtung und Bestimmung der einzelnen Theile der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit von dem hellenistischen Staats- und Volksleben aufgegeben worden ist und lediglich die ἔγκτησις allein noch bis in dieses Zeitalter herab sich erhalten hat. Gerade hierfür aber vermögen wir den bestimmenden Grund mit Sicherheit zu erkennen, insofern namentlich die Decrete der Arkader unter no. 40 u. 41. hierfür den richtigen Fingerzeig uns geben. Denn indem das Decret unter no. 40. das ältere ist, und hier nun lediglich Zusicherungen gewährt werden, welche dem Gebiete der politischen amicitia anheimfallen und als deren besondere Kundgebungen sich darstellen, während die ἔγκτησις diesem Gebiete fremd bleibt, so erfährt nun das hierdurch begründete politische Verhältniß zwischen den Arkadern und Tejern eine Steigerung zu größerer Innigkeit durch das spätere Decret unter no. 41., insofern dieses eine Verleihung der Isopolitie ausspricht. Und indem nun Hand in Hand hiermit neben anderen Rechten auch die ἔγκτησις verliehen wird, so erkennen wir nun hiermit auf das Deutlichste, daß auch bei den Arkadern die ἔγκτησις als Prärogativ des Bürgers gegenüber jedem Peregrinen festgehalten ward und in Folge dieses Umstandes nun unter denjenigen Sonderbefugnissen, welche mit Verleihung der Civität, wie Isopolitie Hand in Hand gingen, auch die ἔγκτησις noch in reeller Bedeutung und in Erwähnung sich erhielt. Und gleiches Verhältniß, welches wir bereits in Tenos anerkannten, haben wir auch nach Maaßgabe von no. 14. u. 14 a. bezüglich der Naupactier, der Ceer und der Erannier zu statuiren, während wiederum die Urkunden unter no. 34. u. 36. darauf hindeuten, daß in anderen Staaten auch dieses Verhältniß nicht mehr statt hatte, vielmehr hier die ἔγκτησις in derselben Weise verschwunden war, wie dies

bezüglich der übrigen Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit der Fall war.

Hiernächst sodann die ἐπιγαμία betreffend, so lehren uns ebensowohl die Urkunden unter no. 3—5., daß dieselben noch an dem Uebergange des fünften zum sechsten Jahrhunderte dem Kreise der Vergabungen an politische Freunde angehörten,[25a]) wie andrerseits die Urkunden unter no. 34. sq. erkennen lassen, daß die zweite Hälfte des 6. Jahrh. jene Rechtszuständigkeit beseitigt hatte, mochten nun solche Vergabungen ohne oder mit dem Bürgerrechte oder der Isopolitie zugleich vorkommen. Und Gleiches gilt endlich auch von der κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία oder προδικία, deren letzte Ausläufer uns die Urkunden unter 3 und 4 erkennen lassen, während die Urkunden unter no. 34. sq. nicht allein Nichts mehr von solchen Rechtszuständigkeiten wissen, sondern sogar einen vollständig neuen Standpunkt des hellenistischen Alterhumes auf das Deutlichste uns darlegen. Denn allerdings enthalten auch die Urkunden unter no. 37 — 40. die Zusicherung eines Rechtsschutzes; allein während früherhin solcher Schutz in der Weise gedacht und gewährt wurde, daß der decretirende Staat die Rechtsfähigkeit seines eigenen Particularrechtes den Bürgern des honorirten Staates verliehen hatte, so erscheint nunmehr das Verhältniß geradezu umgekehrt: nicht mehr durch Verleihung der diesseitigen Rechts- und Klagfähigkeit an die jenseitigen Bürger wird der Schutz gewährt, sondern lediglich noch durch das Verbot an die diesseitigen Bürger, den jenseitigen Bürgern Verletzungen zuzufügen, wie durch Einräumung einer Competenz an den jenseitigen Staat über die diesseitigen Bürger. So wird daher ein Rechtsschutz nicht mehr für, sondern gegen die eigenen Bürger mit dem peregrinen Staat stipulirt, und an die Stelle der Ausbedingung der Rechtsfähigkeit für Jenen tritt Einräumung der Competenz für denselben. Und wie nun hierbei allenthalben als nothwendige Voraussetzung sich ergiebt, daß der Bürger des decretirenden Staates in dem honorirten Staate ohne Weiteres Rechtsschutz genieße durch Theilnahme an dessen Privatrecht, so tritt auch diese

25a) Hierher gehört auch der Bericht von Xen. Hellen. V, 2, 19., der als Pertinenzen der unter Olynth bestehenden Sympolitie die ἐπιγαμία und ἔγκτησις erwähnt.

Voraussetzung selbst ganz unmittelbar zu Tage in der Urkunde unter no. 34., und liegt auch zu Grunde bei den Urkunden unter no. 35. 36 und 41., wo die decretirenden Bürgerschaften sich mit der Zusicherung begnügen, ebensowohl ihrerseits der Verletzungen der honorirten Bürgerschaften sich zu enthalten, wie auch gegen derartige Verletzungen Seitens Dritter Hülfe zu gewähren.[26])

Hiermit allenthalben aber gewinnen wir eine völlig genügende Bestätigung der im Obigen ausgesprochenen Sätze, daß die fortschreitende Entwickelung im hellenistischen Staats- und Rechtsleben zunächst der κοινωνία ἀλλάκτική und δικαιοδοσία, weiterhin der προδικία und ἐπιγαμία, und schließlich auch theilweise der ἔγκτησις ihre reelle Bedeutung allmählig und schrittweise entzog,[26a]) und daß der Uebergang von dem System der nationalen Herrschaft des Rechtes zu einem anderen Systeme den Grund dieser Erscheinung bildet. Und diese Thatsache selbst stellt sich als das nothwendige Resultat eines naturgemäßen Entwickelungsganges dar, welchen selbst wir in §. XIII. näher in das Auge fassen werden.

## §. XIII.

Indem wir nach den besonderen Erörterungen in §. II.—XII. unserer in §. I. fin. uns gestellten Hauptaufgabe unmittelbar näher treten, so bildet den Ausgangspunkt unserer Betrachtung der Satz, daß Griechenland gleich Rom von dem Systeme der nationalen

---

26) Hier vermögen wir auch die in §. II. gemachte Bemerkung näher zu bestätigen, daß die ἀσυλία nicht als Inbegriff der Theilnahme an bestimmten Partieen der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit gelten kann. Vielmehr kann der darin zugesicherte Schutz auf die verschiedenartigste Weise gedacht werden, und zwar ebensowohl als Verbot der Verletzung für die diesseitigen Bürger, wie als Verleihung besonderer Klagfähigkeit an die jenseitigen Bürger, wie auch in noch anderer Weise, worüber vergl. §. XV. fin.

26a) Daß die ἔγκτησις unter allen den obigen Stücken zuletzt verschwand, erklärt sich aus der Tragweite, welche im antiken Leben dem Grundeigenthume des Fremden im anderen Staate zukam. Den Beweis hierfür bietet das Decret der Athener v. J. 375 d. St., bei Rangabé, Antiq. hellen. II. no. 381. lin. 16 sq. (wozu vergl. p. 373 sq.): ἀπὸ δὲ Ναυσινίκου ἄρχο[ντ]ος μὴ ἐξεῖναι μήτε ἰδίᾳ μήτε δημοσίᾳ Ἀθηναίων μηθενὶ ἐγκτήσασθαι ἐν ταῖς τῶν συμμάχων χώραις μήτε οἰκίαν μήτε χωρίον μήτε πριαμένῳ, μήτε ὑποθεμένῳ, μήτε ἄλλῳ τρόπῳ μηθενί. Dieses Verbot aber an den eigenen Bürger, in fremden Landen Grundbesitz zu erwerben, wird trefflich aufgeklärt durch Diod. XV, 29, 7.

Herrschaft des Rechtes bei Bestimmung der Rechtsfähigkeit der Person ausgeht. Die Theilnahme an dem Privatrechte des Staates bildet in Berechtigung, wie Verpflichtung eine Pertinenz des Bürgerrechtes selbst und bleibt somit jedem Nichtbürger versagt, dafern nicht im Wege staatlicher Concession solche Rechtsfähigkeit als besonderes Privileg dem Peregrinen verliehen ist.[26b]) Daher haben wir jenes System der nationalen Herrschaft des Rechtes und die besondere Verleihung von ἐπιγαμία, ἔγκτησις, δικαιοδοσία und κοινωνία ἀλλακτική als zwei in dem strengsten Causalnexus zu einander stehende Momente aufzufassen, insofern als die letztere Thatsache zu ihrer Erklärung mit absoluter Nothwendigkeit die Gültigkeit jenes Systemes erforderte. Wenn wir daher bereits aus der dargelegten Erscheinungsform der Verleihung solcher Rechtsfähigkeit an Peregrinen mit Sicherheit auf die Gültigkeit des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes

---

26b) Dieser Satz ist bereits von anderer Seite ausgesprochen worden; so sagt Vischer, über die Bildung von Staaten und Bünden ꝛc. im alten Griechenlande p. 7.: „die Isolirung" (nämlich der diminutiven Staatswesen des ältesten Griechenthums) „tritt um so schroffer hervor, als nach den staatsrechtlichen Begriffen des Alterthumes nur der Angehörige des eigenen Staates den Rechtsschutz genießt, der des fremden Staates davon ausgeschlossen ist, sofern nicht bestimmte Staatsverträge darüber anders bestimmen." Vgl. auch die kurze, aber treffende Characterisirung der Stellung des Peregrinen im griech. Staats- und Volksleben bei Duncker, Gesch. d. Alterth. III. p. 275. — Bei der Mehrdeutigkeit des Ausdruckes ξένος ist Vorsicht geboten, nicht auf Peregrinen im Allgemeinen zu beziehen, was nur von den hospites und Föderirten gilt. Auf die Letzteren allein geht z. B. was Hesiod. Oper. et Dies v. 225. sagt: Οἳ δὲ δίκας ξείνοισι καὶ ἐνδήμοισι διδοῦσιν Ἰθείας καὶ μή τι παρεκβαίνουσι δικαίου, Τοῖσι τέθηλε πόλις, λαοὶ δ' ἀνθεῦσιν ἐν αὐτῇ. Und namentlich gilt dies auch von den religiösen Satzungen, welche den Ausländer schützen; denn auch diese sind von Alters nur auf den besonders befriedeten Fremden allein zu beziehen. Es liegt ein widerspruchsvoller Irrthum in der Annahme, daß die Religion dem Fremden im Allgemeinen da Schutz gewährt habe, wo die gemeine Meinung und das Recht solchen versagte (vergl. z. B. Wachsmuth, hellen. Alterthumsk. I. p. 334.); denn da Jene und diese Beiden vollbürtige Kinder Eines Volksgeistes sind, so ist während der Kindheit der Nationen ein Zwiespalt zwischen ihnen nicht denkbar. Etwas anderes ist, daß schon die gastliche Aufnahme im eigenen Hause den Fremden zum Gastfreund machen, (s. Thl. II. not. 34.), daß die Verweigerung der gastlichen Aufnahme des Fremden ins Haus als unziemlich gelten mochte und daß endlich die ἱκέται besonderen Anspruch auf Schutz hatten.

bei den Griechen schließen dürfen,[26c]) so wird nun diese Thatsache auch anderweit in einzelnen Punkten besonders bestätigt. So finden wir die Gültigkeit dieses Systemes auf dem Gebiete der ἐπιγαμία, somit das Requisit der Civität beider Eltern zur Beständigkeit der legitimen Ehe im Allgemeinen bezeugt v. Aristot. Pol. III., 1, 9.,[27]) während bezüglich Byzanz und Salamis auf Cypern im Besonderen specielles Zeugniß uns vorliegt, bezüglich Rhodos dagegen die Entscheidung zweifelhaft bleibt.[28]) Und ebenso wissen wir, daß in Athen noch die Legislation des Solon, wie später des Pericles und des Euclides Aristophon gleiche Ordnung der Verhältnisse vorschrieb.[29]) Nicht minder boten sich auch für die Gültigkeit des nämlichen Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes in Bezug auf die ἔγκτησις die geeigneten Anhaltepunkte zu einer Schlußfolgerung hinsichtlich der Insel Tenos und Ceos, wie der Naupactier, Crannier und Arkader in §. XII. dar.[30]) Und endlich haben wir auch eine Spur von jenem alten Systeme in Bezug auf die Klagfähigkeit in dem zu Athen noch in späterer Zeit festgehaltenen Satze zu erblicken, daß die Klagfähigkeit des Peregrinen auf der Hinzuziehung eines προστάτης beruht;[31]) denn dieser Satz weist auf die Entwickelung hin, daß ursprünglich der Peregrine an sich der Klagfähigkeit nicht theilhaft war, und erst eine spätere Zeit die indirecte und durch das Medium eines Patrones vermittelte Klagfähigkeit, welche allein von Vorn herein dem hospes zustand (l. unten bei not. 34), auf alle Peregrinen generalisirend ausdehnte, worauf noch später dann die Person des προστάτης allmählig mehr und mehr in den Hintergrund zurücktrat und in einen reinen patronus causae sich verwandelte.

Mit jenem Principe personaler Herrschaft des Rechtes geht

26c) Nicht ohne Bedeutung ist dieser Thatsache gegenüber die aristotelische Wesenbestimmung des πολιτικὸν δίκαιον; vergl. Thl. I. §. 25.

27) Ὁρίζονται δὴ πρὸς τὴν χρῆσιν πολίτην τὸν ἐξ ἀμφοτέρων πολιτῶν καὶ μὴ θατέρου μόνον, οἷον πατρὸς ἢ μητρός.

28) Wegen Byzanz vgl. Pseudo-Arist. Oecon. II. 3.; wegen Salamis vergl. Hermesianax bei Anton. Lib. Metamorph. c. 39., wegen Rhodos s. Roß, Rhein. Mus. N. F. IV. 1846. p. 187. sq.

29) Vergl. Hermann, gr. St. Alt. §. 118.

30) Wegen weiterer Argumente, daß ἐπιγαμία und ἔγκτησις den Peregrinen an sich fehlten, vgl. Schömann, Antiqu. iur. publ. Graec. p. 190. not. 5. 6.

31) Vergl. Schömann, Antiqu. iur. publ. Graec. p. 190. not. 7.

nun im hellenischen Staatsleben, genau wie im römischen, Hand in Hand das Princip und System der Exclusion des peregrinen Rechtes, dessen Vorhandensein auch dort unsere Quellen noch erkennen lassen (Thl. II. not. 44). Und aus dem Zusammentreffen beider Principien ergiebt sich nun für den ältesten hellenischen Staat a priori eine vollständige politische und sociale Isolirtheit, welche ebensowohl den eigenen Bürger auf das vaterländische Gemeinwesen beschränkt, wie von diesem den Peregrinen fern hält und als heterogenes Element ausschließt.[32]) Und diese Ordnung der Verhältnisse schimmert noch deutlich erkennbar hindurch in der lycurgischen Verfassung von Lacedämon,[33]) ist aber auch auf das Bestimmteste wahrzunehmen in der Charakterisirung der Stellung des Apoliden, wie wir solche bei Homer vorfinden (Thl. II. not. 22).

Diese Construction von Staat und bürgerlicher Gesellschaft, welcher wir innerhalb des Lebens der arischen Völkerfamilie sogar eine noch über den Kreis der italischen und hellenischen Völkerschaften hinausgreifende Anwendung beizumessen haben (Thl. II. §. 10); eine strenge Durchführung dieser Construction, sagen wir, erweist sich indeß a posteriori als völlig unmöglich von dem Momente an, wo ein nur einigermaaßen gesteigertes Culturleben sich zu entwickeln beginnt. Denn weil die Zersplitterung in selbstständige politische Gemeinwesen von einem diminutiven ethnischen, wie territorialen Umfange, ebenfalls als Kundgebung eines gemeinsamen Grundzuges der Völker der arischen Familie, im griechischen Leben in ausgedehntem Maaße sich ausprägt, so fehlen nun diesen Gemeinwesen allenthalben die nothwendigen Voraussetzungen, jene isolirte Existenz für die Länge der Zeit zu behaupten, vielmehr zwingt allenthalben das gesteigertere Bedürfniß Hand in Hand mit politischen Vorgängen bereits frühzeitig zu einem wenn

---

32) Die Ausschließung des Peregrinen war hier wie zu Rom (Thl. II. p. 60. sq.) im Allgemeinen nur eine indirecte, durch dessen Recht- und Schutzlosigkeit bedingte; sie findet sich aber auch als eine directe und zwar ebensowohl im Allgemeinen, so zu Apollonia nach Aelian. Var. Hist. XIII, 16. und zu Sparta, wie in besonderer Beziehung, so Seitens der Athener gegenüber den Macedoniern in dem Falle bei Liv. XLI, 23, 1.

33) S. Thl. II. not. 52., wozu noch Wachsmuth hellen. Alterthkde II. p. 30. Duncker, Gesch. d. Alterth. III. p. 351. und 385. fin. sq.

auch nur partiellen Aufgeben jener Isolirtheit (vgl. Thl. II. §. 14). Und indem nun das Aufgeben solcher Stellung vornämlich auf doppeltem Wege erreicht wird, so treten nun zwei bezügliche Rechts-institute zu Tage, welche von Born herein in ihren leitenden Grundgedanken total verschieden sind und einen wesentlichen Unterschied erkennen lassen. Zu Rom, wo wir eine reine und scharfe Ausprägung und eine höchst besonnene und maaßvolle, fast zögernde Aus- und Umbildung aller Institutionen, ein so überaus zähes und hartnäckiges Festhalten alles Ueberlieferten vorfinden, hier vermögen wir jene ursprüngliche Selbstständigkeit und wesentliche Verschiedenheit deutlichst zu erkennen, die in dem hospitium einerseits und der Vereinbarung von conubium, commercium und recuperatio andrerseits uns entgegentritt: Ersteres dem Peregrinen lediglich eine indirecte Rechtsfähigkeit gewährend, vermittelt durch das Medium des Patrones (Thl. II. §. 10), Letztere die durch die leitenden Begriffe von conubium, commercium und actio beherrschten Gebiete des Privatrechtes zu directer Rechtsfähigkeit den Peregrinen erschließend (Thl. II. §. 14). Ein anderes Bild dagegen bietet in dieser Beziehung das griechische Leben uns dar: hier ist es, als ob die Beweglichkeit, die Leichtigkeit und Unstätigkeit des Volkscharakters sich wiederspiegelte in der Gestaltung der politischen Institutionen; denn vielfältig tritt in solchen Institutionen, denen wir ein höchstes Alter beizumessen haben, ein Aufgeben der ursprünglichen Grundidee, ein Verwischen der ältesten Structur, wie anderntheils auch eine solche Freiheit in Accommodirung an jüngere Verhältnisse und Zustände uns entgegen, wie solches in Rom nirgends auch nur annäherungsweise sich wahrnehmen läßt. Und hieraus zugleich erklärt sich, daß die obigen beiden Institute zwar im griechischen Leben noch erkennbar sind, aber in ihrer ursprünglichen Wesenheit zum Theil völlig entstellt, ihrer durchgreifenden Verschiedenheit aber völlig entkleidet, vielmehr einander selbst nicht nur angenähert, sondern sogar innigst verbunden. Denn gehen wir von der Annahme aus, daß die in Frage stehenden beiden Institute, indem sie den Völkern Griechenlands und Italiens gemein sind, von Born herein dort wie hier gleichen Wesens, ja daß ihre früheste Vorkommniß eine gemeinsame: eine gräco-italische war, so haben wir nun die ξενία in ihren beiden besonderen Erscheinungsformen: der προξενία und ἰδιοξενία dem

italischen hospitium, und zwar die Erstere dem hospitium publicum, die Letztere dem hospitium privatum gleichzustellen,[33a]) dagegen die ἐπιγαμία, κοινωία ἀλλακτική, wie δικαιοδοσία mit dem italischen conubium und commercium nebst recuperatio in Parallelismus zu setzen und diesfalls anzuerkennen, daß lediglich eine spätere Entwickelung jener Institute im griechischen Leben Veranlassung ist, daß jene ursprüngliche Identität derselben mit den italischen Institutionen unserem Auge sich entzieht. Dann aber ist es vornämlich die προξενία, welche in ihrer späteren Ausbildung am stärksten von ihrem ursprünglichen und gräco-italischen, oder vielmehr gesammtarischen Grundtypus sich entfernte und von jenem gemeinsamen Ausgange, daß der fremde πρόξενος nicht eigene und directe Rechtsfähigkeit in dem gegebenen Staate genoß, vielmehr nothwendig einem Bürger des Letzteren als seinem προστάτης attribuirt war, durch dessen Medium allein er im befreundeten Staate einer Rechtsfähigkeit theilhaft war, einer Rechtsfähigkeit somit, die lediglich eine indirecte war und weder ἐπιγαμία und ἔγκτησις, noch κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία in sich begriff. Da indeß die Unbequemlichkeit und Gebundenheit einer derartigen Ordnung einem schwunghafter sich entfaltenden Geschäfts- wie Handelsverkehre entschieden nicht mehr genügen konnte, so befreite nun eine spätere Zeit den πρόξενος von der Schutzherrlichkeit des προστάτης und verlieh, die Person des Letzteren in anderer Weise verwendend (not. 31), die directe Rechtsfähigkeit der κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία, wie weiterhin auch der ἐπιγαμία und resp. ἔγκτησις dem πρόξενος. Hiermit aber war in der That das alte hospitium seinem Wesen nach völlig verwandelt und in solches ein Element hineingetragen, welches demselben von Vorn herein völlig fremd, vielmehr einem wesentlich verschiedenen und selbst-

33a) Daß die obige Ordnung der drei Begriffe ξενία, προξενία u. ἰδιοξενία die richtige ist, dafür bürgen die Quellen; vergl. namentl. Thom. Mag. de Verb. Att. s. v. ἰδιόξενος und die das. von den Interpreten Citirten, sowie oben die Urkunde unter no. 1. Die in §. VIII. sq. zusammengestellten Urkunden veranlassen jedoch, die nachstehende Betrachtung nicht an die ξενία im Allgemeinen, sondern an die προξενία im Besonderen anzulehnen. Es muß indeß mit der Letzteren die ἰδιοξενία von Vorn herein in ihren Grundzügen übereingestimmt und so das Institut der ξενία ergeben haben. Hierauf auch beruht es, daß die ältesten Quellen immer nur des ξένος, nicht aber des ἰδιόξενος oder πρόξενος gedenken.

ständigen, dem zweiten der hier in Frage stehenden Institute entlehnt war. Und von hier abwärts bewerkstelligte sich nun endlich die letzte Entwickelungsphase für jenes Institut im griechischen und hellenistischen Staatsleben, daß nämlich ein Staat die Proxenie dem Peregrinen weniger zu dem Zwecke ertheilte, ihm die diesseitige Rechtsfähigkeit zu verleihen, als vielmehr hauptsächlich um deßwillen, um für die eigenen Bürger in dem πρόξενος einen προστάτης in des Letzteren Vaterlande zu gewinnen. Und wenn hiermit zwar nicht das Wesen des Institutes an sich berührt, sondern nur dessen funktionäre Stellung betroffen wurde, insofern der Schwerpunkt des Institutes und sein maaßgebender Zweck ein anderer wurde, so wirkt doch gerade wiederum diese Verlegung des practischen Schwerpunktes so bestimmend auf unsere Quellen und unsere eigene Anschauung zurück, daß uns der römische **hospes**: der Schutzbefohlene des Römers, und der griechische πρόξενος: der Handelsconsul des Griechen im Auslande, als total verschiedene Personen erscheinen.[34])

Wenden wir uns hiernächst dem zweiten der in Frage befangenen Institute, der Vereinbarung von ἐπιγαμία, ἔγκτησις, κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία zu, so haben wir auch diesem für das früheste griechische Alterthum eine sehr ausgedehnte und hohe Bedeutung beizumessen. Denn wie bemerkt, ist es die tiefgreifende Zersplitterung in selbstständige Gemeinwesen, welche, bei allen arischen Völkerstämmen zu Tage tretend, auch in dem Griechenthume sich uns offenbart und hier nun, wie allenthalben, nach der entgegengesetzten Richtung: der Vereinigung hindrängt. Und wie wir nun in Italien, als die hieraus hervorgegangene besondere politische Formation das nomen erkennen, so tritt in dem griechischen Staatsleben als die entsprechende Erscheinung das κοινὸν uns entgegen.[35]) Solchen κοινά begegnen wir bereits an

---

34) Die Litteratur über dieses Institut s. Thl. II. not. 34. Le Bas, Inscr. III. no. 498. bietet noch ein Beispiel der Verleihung einer Proxenie an einen Carthager. Vergl. auch Thl. II. not. 48. 50. 51.

35) Vischer, über die Bildung von Staaten und Bünden ꝛc. im alt. Griechenl. p. 13. sq. scheidet die Verbindung zu gemeinsamem Opfer und Festspiel und den Staatenbund; die Erstere findet derselbe bei den asiatischen Joniern um den Mittelpunkt des Panionium, in der dorischen Hexapolis auf dem triopischen Vorgebirge, wie vielleicht bei den Aeolern um den Tempel des

der Schwelle der Geschichte, und von hier ab können wir sodann dieselben verfolgen, wie sie unter wechselnder Erscheinungsform, doch unter dem nämlichen allgemeinen Typus fortleben bis auf die Unterwerfung Kleinasiens und Griechenlands durch Rom und hier nun eine besondere Funktion in dem Provinzialorganismus angewiesen erhalten.[36] Den Hauptzweck solcher κοινά werden wir im Griechenthume, wie bei den Italern theils als einen politischen, theils als einen socialen aufzufassen haben: dort die Verbindung von Staat und Staat, hier die Annäherung zwischen der verschiedenen Bürgerschaft und bürgerlichen Gesellschaft vermittelnd. Der letzteren Aufgabe insbesondere diente eine Gemeinschaft des Lebens und Verkehres in Festspiel und Opfer, in Markt und Messe, in Wechselheirath und commerciellem, wie überhaupt in friedlichem Zwischenverkehr jeder Art; und solche Gemeinschaft selbst ward gewonnen theils in gewissen unmittelbar darauf abzweckenden Institutionen, theils in dem Austausche der beiderseitigen privatrechtlichen Rechtsfähigkeit nach den vier Kreisen der ἐπιγαμία, ἔγκτησις, κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία. So daher haben wir diesem letzteren, hier betrachteten Institute, gerade wie in Italien beim nomen, so im Griechenthum beim κοινόν seine früheste und wichtigste Bedeutung beizumessen, und daß wir dies thuen, kann auch dann keinem Bedenken unterliegen, wenn, wie es scheint,

---

gynäischen Apollon und bei den Arcadern um das Heiligthum des lycäischen Zeus zu Cynosura; ich füge nach Str. VI, 3. p. 280. fin. bei die Festversammlungen der Großgriechen in Heraclea in Italien. Der Staatenbund findet sich vor in verschieden potenzirten Erscheinungsformen, je nachdem die Verbündung selbst eine laxere oder innigere, eine weitgreifende oder nur auf vereinzelte Beziehungen des staatlichen Lebens beschränkte ist, je nachdem ferner eine mehr oder minder starke Centralgewalt, oder gar ein hegemonischer Staat vorhanden ist. In diesen vielfältigen Nuancirungen und Abstufungen tritt uns der hellenische Staatenbund nach Vischer p. 16. sq. entgegen in dem κοινόν oder σύστημα der Phoker, Acarnanen, der Dorier der Tetrapolis, der Achäer, wie wahrscheinlich auch der Aetoler und ozolischen Locrer, bestimmt aber der Thessaler und Böoter; vergl. auch Duncker, Gesch. d. Alterth. III p. 229. 318. 334 sq. 344. 392. 398. Hieran schließt sich endlich an der Bundesstaat, die συμπολιτεία, wie wir solche zwischen Argos und Korinth, Calydon und Achaia, bei Olynth und bei Megalopolis vorfinden; vergl. Vischer p. 25 sq.

36) Vergl. Marquardt, Handb. III, 1. p. 268 sq., Spanhem. Orb. Rom. p. 290 sq., Brisson. de V. S. s. v. v. commune, κοινόν, κοινός, Haenel, Cod. Theod. Praef. not. 235.

die Quellen kein ausdrückliches Zeugniß hierfür bieten.[37]) Immerhin aber gewinnen wir ein Argument hierfür daraus, daß wir noch in den Symmachieen der späteren Zeit, so in den unter Athens und unter Macedoniens Hegemonie bestehenden eine δικαιοδοσία vorfinden und dies immerhin zu einem Rückschlusse auf jene alten κοινά berechtigt, wenn gleich dieselben ihrem Wesen nach verschieden waren von jenen Symmachieen und in ihnen der δικαιοδοσία selbst eine andere Bedeutung zukam.[38])

Sodann erkennen wir aber auch eine weitere Funktion des in Frage stehenden Institutes darin, daß solches, genau wie im italischen Alterthume, auch außerhalb des κοινόν als Inhalt des Bündnisses zwischen zwei einzelnen Staaten sich vorfindet, wofür namentlich die in §. V. behandelten cretensischen Staatsverträge das anschaulichste Beispiel uns bieten.

Und endlich ist es auch die einseitige Verleihung jener mehreren Stücke der civilen Rechtsfähigkeit, welche das letzte Vorkommniß jenes Institutes im hellenischen Staatsleben uns erkennen läßt: es werden die ἐπιγαμία, die ἔγκτησις und προδικία, früher aber vielleicht auch die κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία an den Peregrinen verliehen, theils als besonders benannte Bestandtheile der Civität in und mit der πολιτεία oder ἰσοπολιτεία, theils ohne solche aber in und mit der προξενία, theils aber auch ohne diese und für sich allein.

Durch die Verleihung von ἐπιγαμία, ἔγκτησις, δικαιοδοσία und κοινωνία ἀλλακτική, mochte dieselbe in irgend welcher der von uns betrachteten Erscheinungsformen vorkommen, ward nun aber auf dem Boden des griechischen Rechtslebens genau in der nämlichen Weise, wie dies für Rom in Thl. II. §. 26. und 27. dargelegt ist, eine Collision der in Frage kommenden beiden iura civilia

---

37) Denn Xenoph. Hellen. V, 2, 19. gehört nicht hierher, da hier nicht ein κοινόν, sondern eine Sympolitie in Frage steht, wo auch nicht verschiedene, sondern ein einiges Particularrecht vorhanden ist; vgl. Vischer l. c. p. 26 sq.

38) Ueber diese Symmachieen vergl. Vischer l. c. p. 34 sq. Wegen der δικαιοδοσία in der Symmachie Athens vgl. Wachsmuth, hellen. Alterthumsk. I. p. 169. not. 13. p. 219. not. 36. 38.; wegen ders. in der Symmachie Macedoniens s. Demosth. de Halon. 79, 15. Polyb. XXIV, 1, 2. Die δικαιοδοσία beschränkt sich hier allenthalben auf die persona standi in iudicio, weil ein Mehreres gar nicht erforderlich war; vergl. §. XIV.

herbeigeführt: indem einem Individuum kraft seiner Civität die Theilnahme an dem Privatrechte seiner eigenen civitas zustand, und indem sodann durch jene Verleihungen dem nämlichen Individuum auch die Theilnahme an dem Privatrechte der verleihenden civitas eröffnet ward, so vereinigte nun ein und dieselbe Person zwei verschiedene iura civilia in sich, deren Collision auf irgend welche Weise gelöst werden mußte. Und auch hier haben wir nun die nämliche Ordnung der Verhältnisse anzuerkennen, die wir zu Rom vorfanden: auf dem Gebiete der ἔγκτησις, δικαιοδοσία und κοινωνία ἀλλακτική ward durch das System der territorialen Herrschaft des Rechtes der Collision jener beiden iura civilia vorgebeugt: der Athenienser, indem er dieser Stücke der Rechtsfähigkeit des byzantischen Rechtes theilhaft war, unterlag dem Letzteren bei Rechtsgeschäften und Klagen, die auf byzantischen Grund und Boden sich bezogen, sowie bei Rechtsgeschäften und Klagen, die zwischen ihm und Byzantiern innerhalb des byzantischen Territorium vollzogen und beziehentlich begründet wurden. Und dieses Princip ergeben auf das Deutlichste die foedera unter no. 2. u. 3. in deren bezüglichen Bestimmungen nur die Bestätigung eines im griechischen Alterthume allgemein gültigen Principes erblickt werden kann. Dagegen für die ἐπιγαμία fehlen uns allerdings die entscheidenden Belege, indessen werden wir gerade hier ohne großes Bedenken nach Analogie der römischen Verhältnisse die Gültigkeit des Systemes der causalen Herrschaft des Rechtes zu Gunsten des Ehegatten und Vaters zu statuiren haben, so daß die Ehe des Byzantiers mit der der byzantischen ἐπιγαμία theilhaften Atheneinserin nach allen Beziehungen hin und in Bezug auf die ehelichen, wie die elterlichen Verhältnisse dem byzantischen Rechte unterlag.

## §. XIV.

Die ursprüngliche Ausprägung des in Betracht gezogenen Institutes der Verleihung von ἐπιγαμία, ἔγκτησις, κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία in dem hellenischen Leben ist in unseren Quellen lediglich in vereinzelten Spuren und in verschwimmenden Zügen noch zu erkennen. Denn der dabei berechnete Zustand der Isolirtheit der Staaten schwand, das hierauf zugespitzte System der nationalen Herrschaft des Rechtes verfiel, die dementsprechende

Ordnung der Verhältnisse ging aus einander von dem Momente an, wo das hellenische Leben in größeren Dimensionen in eine Bahn übertrat, auf welcher die Völker durch ihre eigenen Bewegungen zu bunter Mischung mit ethnisch oder politisch fremden Elementen hingerissen werden. Und solche Bewegung erzeugt der Handel. Von dem Zeitpunkte an daher, wo das Hellenenthum den Uebergang von der Viehwirthschafts- und Agriculturperiode zur Mercantil- und Industrieperiode bewerkstelligte, von da an bereitete sich in Hellas ein gleicher Umschwung der Dinge vor, wie wir solchen in entsprechender Weise auch zu Rom vorfanden, ein Umschwung, der jedoch dort zu einem anderen Ausgange führte, als hier. Und dieser Umschwung empfing die höchste Verstärkung seiner centrifugalen Triebkraft in den Zeiten von Alexander d. Gr.: denn indem durch diesen jene innige Verbindung Griechenlands und Macedoniens mit dem Oriente herbeigeführt ward, so ward nun hiermit zugleich eine solche Beweglichkeit und Ausdehnung in den Lebens- und Verkehrsbeziehungen der um das Becken des Mittelmeeres gruppirten Völker hervorgerufen, daß den hieraus erzeugten neuen Anschauungen und Ideen, wie dem viel- und raschbewegten Leben und Verkehre mit seiner Unstätigkeit und Flüchtigkeit auch die alte Structur des Rechtes und jenes System in Bestimmung der Rechtsfähigkeit der Person nicht mehr zu genügen vermochte und das Bedürfniß einer Aenderung mit unmittelbarer Anforderung einer solchen zu Tage trat.[39]) Und so finden wir in der That mehrfache Spuren, welche direct auf einen derartigen Systemwechsel hinweisen: auf dem Gebiete der ἐπιγαμία finden wir, wie zu Athen bereits in dem Zeitalter zwischen Pericles und Euclides,

39) Vergl. Thl. II. p. 11. sq. und not. 53. In welcher Weise die Anschauungen sich geändert hatten, dafür bietet einen schlagenden Beleg Demosthenes, wenn derselbe in der Rede von den trügl. Gesetzen p. 389, 5. das Absperren des Marktes gegen Fremde, das κλείειν τὰ ἐμπόρια geradezu als widernatürlich erklärt. — Mit Unrecht legt Duncker, Gesch. d. Alterth. IV. p. 643. in der hier fraglichen Beziehung ein Gewicht auf die Perserherrschaft in Kleinasien; denn Herod. VI, 42., worauf derselbe sich beruft, handelt nicht von privat- und civilproceßrechtlichen, sondern von staatsrechtlichen Verhältnissen und von Austrägalinstanzen: Ἀρταφέρνης ὁ Σαρδίων ὕπαρχος μεταπεμψάμενος ἀγγέλους ἐκ τῶν πολίων, συνθήκας σφίσι αὐτοῖσι τοὺς Ἴωνας ἠνάγκασε ποιέεσθαι, ἵνα δοσίδικοι εἶεν, καὶ μὴ ἀλλήλους φέροιέν τε καὶ ἄγοιεν. Noch weniger gehört Diod. V, 25. hierher.

wie wohl auch nach dem Gesetze des Letzteren das Requisit der Civität der Mutter und damit das System der nationalen Herrschaft des Rechtes aufgegeben wird,[40]) und ähnlicher Erscheinung begegnen wir auch in Lycien und anderwärts (s. unten); auf dem Gebiete der ἔγκτησις finden wir, wie um das J. 690 der Römer C. Appuleius Decianus einen fundus im ager von Apollonis, libera civitas in Lydia besitzt, ohne daß wir für denselben eine besondere Verleihung lydischer ἔγκτησις anzunehmen berechtigt wären; und in gleicher Weise sehen wir, wie der Römer Publius Meculonius ein praedium im Gebiete von Cyme, libera civitas von Mysia besitzt, welches er um 690 wiederum zu Rom an den Heraclides aus Temnos, Provinzialstadt von Asia, verkauft; und ebenso wird dem M. Cluvius, röm. Bürger um 703 von dem Philocles aus Alabanda, libera civitas in Carien wegen eines Darlehns Hypothek an einem foedus Alabandensis bestellt.[41]) Endlich bezüglich der δικαιοδοσία und der κοινωνία ἀλλακτική bezeugt bereits Demosthenes in einer weiter unten in Betracht zu ziehenden Stelle de Halones. 79, 15. das Verschwinden Beider, und diese Thatsache wird nicht minder auch durch die allgemeine Haltung der Quellen bestätigt. Und wie nun alle jene Momente das schrittweise Verschwinden κοινωνία ἀλλακτική, δικαιοδοσία, ἐπιγαμία, προδικία und ἔγκτησις in den in §. VII—XI. betrachteten Urkunden erklären, so dient andrerseits auch wiederum dieses Verschwinden selbst zur Bestätigung der Richtigkeit unserer obigen Wahrnehmung (vergl. §. XII. fin.).

Fragen wir nun aber nach der neuen Ordnung der Dinge, welche in Folge dieser Umgestaltung der Verhältnisse Platz griff, so ergiebt sich dieselbe ohne Weiteres aus dem Satze, daß das System der nationalen Herrschaft des Rechtes fallen gelassen wurde. Denn indem in der früheren Zeit dieses System der nationalen Herrschaft des Rechtes in primärer und fundamentaler Weise die Beziehungen der Individuen zu dem Rechte bestimmte, unterhalb jenes Systemes aber und in secundärer und accessorischer Weise zur Vermeidung von Collisionen der betreffenden beiden iura civilia

40) Vergl Hermann, gr. St. Alterth. §. 118.

41) Wegen des Appuleius vgl. Cic. p. Flacc. 29, 71. 30, 73. 74. 32, 79.; wegen des Meculonius vergl Cic. l. c. 20, 46.; wegen des Cluvius vergl. Cic. ad Fam. XIII, 56, 2.

sowohl das System der causalen, wie das der territorialen Herrschaft des Rechtes maaßgebend und gültig war, so traten nun, sobald und insoweit jenes primäre System hinwegfiel, diese beiden secundären Systeme zu dem Range von primären empor und bestimmten fortan völlig unbeschränkt und selbstständig und in fundamentaler Weise die Beziehung der Person zu dem Rechte. Und für diese neue Ordnung der Verhältnisse finden wir in der That auch die deutlichsten Spuren überliefert. Denn was die ἐπιγαμία betrifft, so gaben wir bereits im Obigen an, daß Athen schon in dem Zeitraume zwischen Pericles und Euclides, wie wahrscheinlich auch wiederum nach dem Gesetze des Letzteren das Requisit der Civität des Weibes für die Ehegattin und Mutter fallen ließ, so daß, indem nunmehr die Civität des Gatten und Vaters und dessen ius civile als maaßgebende und bestimmende Norm über die Rechtsverhältnisse der Ehefrau und des Haussohnes sich stellte, damit das System der causalen Herrschaft des Rechtes zu selbstständiger und fundamentaler Anerkennung gelangte. Und daß gerade eine derartige Ordnung der Dinge im Alterthume weiter verbreitet war, dafür zeugt auch Gai. Inst. I, 92.:

Si vero ex peregrino, cui secundum leges moresque peregrinorum coniuncta est (sc. civis Romana),

indem diese Stelle, der wir auch auf die liberae civitates eine Beziehung beimessen dürfen, auf das Unzweideutigste eine weite Verbreitung jenes Systemes im classischen, nichtrömischen Alterthume nachweist. Und gleiches System gilt auch da, wo wie in Lycien, Pontus, Ilium die Civität der Mutter die ihres Kindes und somit dessen gesammte rechtliche Stellung bestimmt (Thl. II. not. 535.), indem auch hier ganz das nämliche System der causalen Herrschaft des Rechtes maaßgebend ist, nur mit dem Unterschiede, daß hier nicht, wie zu Athen, der Vater, sondern vielmehr die Mutter in Bezug auf das Recht die bestimmende Person bildet, und daß sonach, indem statt der Vaterfolge die Mutterfolge Platz greift, das ius civile der Mutter über das ganze Verhältniß wenigstens bezüglich der Kinder als maaßgebende Norm sich stellt.

Dagegen für das Gebiet der ἔγκτησις erkennen wir die Gültigkeit des Systemes der territorialen Herrschaft des Rechtes aus dem in not. 41. erwähnten Falle des römischen Bürgers C. Appuleius Decjanus; denn indem derselbe, wie bemerkt ein Grundstück

im Gebiete von Apollonis eigenthümlich besitzt, so unterliegt dasselbe, ebensowenig wie dem römischen Census, so auch nicht dem römischen Rechte, vielmehr einzig und allein dem apollonischen ius civile und Census,[42]) so daß daher alle auf dieses Grundstück bezüglichen Rechtsgeschäfte, wie dinglichen Klagen der Herrschaftssphäre des ius civile Apollonidensium anheimfielen. Gerade hierin aber offenbart sich das Wesen jenes besonderen Systemes der territorialen Herrschaft des Rechtes, welches in das Belegensein des Immobile den Verknüpfungspunkt seiner Herrschaft über die Person setzt (Thl. II. §. 3.).

Endlich bezüglich der διακιοδοσία und κοινωνία ἀλλακτική ist von entscheidender Bedeutung das Zeugniß des Demosthenes de Halonn. 79, 15.:

οὔτε γὰρ Ἀμύντας ὁ πατὴρ ὁ Φιλίππου οὔθ' οἱ ἄλλοι Μακεδονίας βασιλεῖς οὐδεπώποτε σύμβολα ἐποιήσαντο πρὸς τὴν πόλιν τὴν ἡμετέραν, καίτοι πλείους γε ἦσαν αἱ ἐπιμιξίαι τότε πρὸς ἀλλήλους ἢ νῦν εἰσίν· — — τοῖς ἐμπορίοις τότε μᾶλλον ἢ νῦν ἡμεῖς τοῖς ἐκεῖ κἀκεῖνοι τοῖς παρ' ἡμῖν ἐχρῶντο· — — ἀλλ' ὅμως οὐδενὸς τοιούτου ὄντος τότε οὐκ ἐλυσιτέλει σύμβολα ποιησαμένους οὔτ' ἐκ Μακεδονίας πλεῖν Ἀθήναζε δίκας ληψομένους, οὔθ' ἡμῖν εἰς Μακεδονίαν,[43]) ἀλλ' ἡμεῖς τε τοῖς ἐκεῖ νομίμοις ἐκεῖνοί τε τοῖς παρ' ἡμῖν τὰς δίκας ἐλάμβανον

42) Cic. p. Flacc. 32, 79. 80.

43) Diese Worte erklären sich daraus, daß Philipp von Macedonien den Atheniensern ein Rechtsbündniß proponirt hatte, welches an Stelle des Systemes der territorialen Herrschaft des Rechtes das (dem Systeme der Causalität des Rechtes anheimfallende) Princip actor sequitur forum rei für den Geschäftsverkehr zwischen Athenern und Macedoniern proponirte, was Demosthenes als ungebührliche Neuerung angreift. Jenen Vorschlag selbst berührt Demosthenes l. c. 78, 25. und daraus ergiebt sich, daß die Auffassung dieser letzteren Stelle bei Meier und Schömann, att. Proc. p. 776. eine irrige ist. Die Bedeutung jenes Vorschlages lag aber nach Demosthenes für den Philipp darin, daß, wenn derselbe angenommen wurde, die Klagen der in Potidaea wohnenden Athenienser wider die Macedonier vor ein macedonisches Forum und damit unter den directen Einfluß Philipp's kamen. — Eines offenbaren Trugschlusses in Bezug auf obige Stelle machen sich endlich schuldig Meier und Schömann l. c. p. 774. not. 3. und Hüllmann, Handelsgesch. p. 195., wodurch dieselben zu dem nämlichen Satze gelangen, welchen Sell für die römischen Verhältnisse aufstellt (Thl. II. not. 121.) und der hier, wie dort falsch ist.

(neque enim Amyntas Philippi pater, neque alius quis Macedoniae rex unquam foedus societatis causa cum nostra civitate fecit, etsi crebrioria tunc fuere commercia mutua quam nunc sunt, et emporiis tunc frequentius quam nunc nos illorum et illi nostrorum usi sunt. Quamquam igitur nihil tunc tale fuit, neque tamen convenit foedera facere neque ex Macedonia Athenas venire ad iudicia exercenda neque abhinc in Macedoniam, sed nos apud illos secundum illorum, illi apud nos secundum nostras leges iudicia acceperunt).

Denn aus dieser Stelle ergiebt sich auf das Unzweideutigste, daß bereits seit längerer Zeit vor Demosthenes zwischen Athen und Macedonien ein Verhältniß gegenseitiger Rechtsgewähr bestand, welche nicht auf der Grundlage vertragsmäßiger δικαιοδοσία und κοινωνία ἀλλακτική beruhte, welche ferner auf dasjenige System der territorialen Herrschaft des Rechtes sich stützte, das in dem Aufenthalte der Contrahenten und Delinquenten innerhalb des bezüglichen Territorium den Rechtsgrund seiner Herrschaft über das Subject setzt (Thl. II. §. 3), und welche somit in primärer und fundamentaler Weise auf diesem System ruhte. Und auf diesen Entwickelungsgang weis't auch hin der Friedensvertrag zwischen Rom und Antiochus (Thl. II. §. 76), wie der Vertrag unter no. 4., wo in den Worten: εἰ δέ τίς κα ἀδικηθῇ Μάγνης ἐν Ἱεραπύτνᾳ, δόμεν αὐτῷ τὸ δίκαιον καθάπερ καὶ τοῖς προξένοις, Rechtsschutz zugesichert wird, ohne daß eine κοινωνία ἀλλακτική ausdrücklich verliehen wäre, und wo dieser Rechtsschutz die zu schützenden Verhältnisse nach einem Systeme territorialer Herrschaft des Rechtes bestimmt.[43a])

Ein weiteres, zwar nur negatives, aber vollkommen entscheidendes Argument für den obigen Satz liegt aber auch darin, daß, indem in späterer Zeit die libertas vieler hellenistischen Staaten lediglich auf einer Wiederverleihung von Seiten Roms beruht, gleichwohl kein einziges der uns im Extract oder in Fragmenten

43a) Es bedarf kaum der Bemerkung, daß auch bei diesem jüngeren Systeme Vereinbarungen über Modalität der Rechtsgewähr in den Staatsverträgen recht wohl Platz fanden. Und in diesem Sinne haben wir die δίκαι ἀπὸ συμβόλων der späteren Zeit aufzufassen, so bei Rangabé, Arch. hellen. II. no. 397.

überlieferten Decrete[44]) für die römischen Bürger ἐπιγαμία, ἔγκτησις u. dergl., oder auch nur Rechtsschutz im Allgemeinen ausbedingt, so daß wir hierauf in der That die Annahme stützen dürfen, daß der Rechtsschutz auch bereits ohne das Medium einer besonderen personalen civilen Rechtsfähigkeit gewährt wurde, die Letztere aber überhaupt ihre practische Bedeutung verloren hatte, die Verbindung des Individuum mit dem Rechte ausschließlich zu vermitteln. Und endlich finden wir nun auch noch directe und allgemeinere Zeugnisse für die Beseitigung des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes in der lex Fundania de Thermens., worüber vergl. Thl. II. §. 76, wie in dem Decrete des Proconsul von Asia vom J. 66 n. Chr. in C. I. Gr. no. 2222, welches, von einem Streite zwischen Legaten der Chier und eines anderen Staates handelnd, das römische S. C. über die Verleihung der libertas an Chios vom J. 673/674 (wozu vergl. Plin. H. N. V, 31, 38.) mit folgender Bemerkung in lin. 15 — 18 citirt:

„Νόμοις τε καὶ ἔθεσιν καὶ δικαίοις [χρῶν]ται (sc. οἱ Χεῖοι), ἃ ἔσχον ὅτε τῇ Ῥωμαίων [φι]λίᾳ προσῆ[λ]θον," ἵνα τε ὑπὸ μηθ' ᾡτινι[οῦν] τύπῳ[45]) ὦσιν ἀ[ρ]χόντων ἢ ἀνταρχόντων, οἵ τε παρ' αὐτοῖς ὄντες Ῥω[μαῖο]ι τοῖς Χείων ὑπακούωσιν νόμοις[46]) („legibus et consuetudine et iure utantur Chii,

---

44) Hierher gehören die Urkunden über die Verleihung der libertas an Griechenland von 558 in Thl. II. not. 362., an Ambracia v. 567. bei Liv. XXXVIII, 44., an Macedonien von 587. in Thl. II. not. 362., an Illyrien von 587 bei Liv. XLV, 26., das S. C. v. 715 über die Bestätigung der von Cäsar an die Plarasenses und Aphrodisienses in Carien verliehenen libertas im C. I. Gr. no. 2737 b., wozu vergl. Pausan. VIII, 43, 1. X, 34, 2. Plin. H. N. V, 29, 29. Tac. Ann. III, 62.; endlich das Decret über die libertas von Heraclea ad Latmum bei Le Bas, Inscr. P. V. no. 588. Einige Besonderheit in der fraglichen Beziehung bietet nur die lex Fundan. de Thermens., worüber s. Thl. II. §. 76.

45) Der τύπος ἀρχόντων wird von Böckh im C. I. Gr. II. p. 207. init. durch τύπος πρὸς τὸν ἄρχοντα umschrieben und für iurisdictio competens magistratibus in actionibus privatis erklärt; allein offenbar irrig, da τύπος ἀρχόντων das edictum des römischen Magistrates, somit dessen forma in diesem Sinne ist; ähnlich steht bei Theoph. Paraphr. II, 16. §. 2. τύπος τῆς ὑποκατάστασις, forma substitutionis.

46) Ich fasse die Worte bis προσῆλθον als Hauptbestimmung des S. C., welche in entsprechender Form (: quae leges quaeque consuetudo quodque ius Chiis fuit, quum in amicitiam populi Romani venerunt, eaedem

quae habuerint, quum in populi Romani amicitiam venissent," ut nullo edicto adstringantur magistratuum prove magistratu, ii autem, qui apud eos versentur cives Romani, Chiorum teneantur legibus).

Denn indem hierin den Chiern die Unterordnung unter das heimische Particularrecht als Pertinenz der Libertät zugestanden, indem ferner als selbstverständliche Consequenz dieser libertas die Unterwerfung auch der römischen Bürger unter das chiische Particularrecht ausgesprochen wird, so erhellt nun gerade hieraus auf das Unzweideutigste, daß dieses chiische Recht entschieden nicht mehr dem Systeme der nationalen, sondern der territorialen, oder resp. causalen Herrschaft des Rechtes sich unterordnete.

## §. XV.

Das Gesammtresultat der Erörterungen der gegenwärtigen Beilage können wir dahin fixiren: das Griechenthum nimmt bei Bestimmung der Herrschaftssphäre des Privatrechtes allgemein den Ausgang von dem Principe der personalen Herrschaft des Gesetzes, welches zu dem Systeme der nationalen Herrschaft des Rechtes führte. Dieses System wird modificirt durch Uebertragung der einzelnen Stücke der Rechtsfähigkeit: κοινωνία ἀλλακτική, wie δικαιοδοσία und προδικία als deren einzelnem Bestandtheile, und ἐπιγαμία, wie ἔγκτησις. Allein bei den mächtigen Erweiterungen des ausländischen Verkehres, wie aller internationalen Lebensbeziehungen überschritt das Bedürfniß die Gebiete jener Rechtsgewährungen und es wurde ein rechtlicher Verkehr hergestellt, wo die Zusicherung der Rechtshülfe fehlte. Der hierdurch zu Tage tretende Conflict zwischen jenem die Verknüpfung des Rechtes mit der Person bestimmenden Principe der Personalität und zwischen

---

leges eademque consuetudo idemque ius Chiis esto) im S. C. selbst ausgesprochen war. Dagegen die Worte von ἵνα an erscheinen als Tendenz jener Bestimmung und als deren Zweck, der jedoch nicht in gleicher Weise seinen besonderen Ausdruck im S. C. gefunden hatte, sondern lediglich implicite in jenen Worten gegeben erschien und welcher daher aus dem S. C. von den Chiern nur deducirt und explicirt wird, wenn immer auch solche Deduction der fraglichen Tendenz des S. C. an sich vollkommen berechtigt zu gelten hat. Anders Böckh l. c. p. 307., der den ganzen mitgetheilten Passus als ausdrücklichen Inhalt des S. C. betrachtet, allein sehr gegen das Wesen des römischen Curialstyles.

diesen erweiterten Lebensverhältnissen und Bedürfnissen ward aber in der Weise ausgeglichen, daß man allmählig jenes Princip selbst im Wesentlichen fallen ließ und schrittweise zu einem Systeme überging, welches den Verkehrsbedürfnissen in vollkommenerem Maaße entsprach und welches auch ohne besondere Verleihung der Rechtsfähigkeit das ius civile des betreffenden Staates den Peregrinen zugängig machte.

Die hierin obwaltende Mischung von Systemen selbst aber fand das Griechenthum zur Zeit jenes Ueberganges bereits vor, indem diese mehreren Systeme schon früher an secundärer Stelle und unterhalb des Principes der Personalität des Rechtes zur Abwendung von Collisionen der in Frage kommenden beiden iura civilia gedient hatten, nunmehr daher, nach Aufgeben dieses Principes jene Systeme zu primärer und selbstständiger Anwendung emportreten.

So daher nimmt das Griechenthum in der fraglichen Beziehung den nämlichen Ausgang, wie das Römerthum; so treten ferner dort wie hier die gleichen socialen Erscheinungen zu Tage: eminente Erweiterung und Vervielfältigung der internationalen Lebens- und Verkehrsbeziehungen, und dem entsprechend Steigerung und Erweiterung des Bedürfnisses nach rechtlichem Schutz; allein diese nämlichen Ursachen rufen in beiden Culturssphären verschiedene Wirkungen in's Dasein: dort die Bildung des privatrechtlichen ius gentium, hier das Ablösen des ius civile selbst von der Basis des Principes der Personalität des Rechtes.

Diese letztere Phase der Entwickelung im griechischen, wie hellenistischen Staats- und Rechtsleben haben wir in der gegenwärtigen Beilage lediglich innerhalb einer bestimmten Klasse von Gemeinwesen beobachtet: in den souveränen griechischen und resp. hellenistischen Staaten. Allein sie tritt in dem nämlichen Maaße, ja in gewisser Beziehung noch deutlicher erkennbar auch in anderer politischen Gemeinheiten uns entgegen: in den römischen Provinzen, welche um das Becken des Mittelmeeres herum sich gruppiren. Auf diesem Gebiete werden wir den nämlichen Endpunkt in Entwickelung der bezeichneten Verhältnisse in Beilage XVI. beobachten und somit durch die hier zu gewinnende Erkenntniß das biege Resultat ganz wesentlich bestärken und bestätigen, ja theilweise auch näher bestimmen. Denn hier, wie dort gelangen wir

gleichmäßig zu der Erkenntniß, daß auf dem Gebiete des Familienrechtes insbesondere das Requisit der ἐπιγαμία hinwegfällt und ein an das Prinzip der Personalität des Rechtes sich anlehnendes System der causalen Herrschaft des Rechtes zu selbstständiger Gültigkeit erhoben ward; auf dem Gebiete des Vermögensverkehres unter Lebenden dagegen: der κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία tritt ein System der territorialen Herrschaft des Rechtes ein, welches den Aufenthalt des Paciscenten oder Delinquenten innerhalb des gegebenen Territorium als das Medium der Verknüpfung des Rechtes mit dem Subjecte anerkennt, während auf dem Gebiete der ἔγκτησις insbesondere ein System der territorialen Herrschaft des Rechtes Platz greift, welches an das Belegensein des Immobile innerhalb des gegebenen Territorium die Herrschaft des Rechtes über das Subject insofern anknüpft, als dessen Rechtsverhältnisse zu solchem Objecte in Frage kommen. Daneben blieb jedoch selbstverständlich für die Beurtheilung des Zustandes der Person an sich, wie z. B. für deren Status, für den Pubertätstermin und dergl. das System der nationalen Herrschaft des Rechtes nach wie vor in Gültigkeit, und Gleiches werden wir auch für Manumissions- und Patronatrecht, wie für Tutel und Cura in Beilage XVI. §. VII. u. VIII. zur Wahrscheinlichkeit erheben. Und hier auch werden wir endlich noch darthuen, daß auch innerhalb des Gebietes des Erbrechtes das System der causalen Herrschaft des Rechtes galt in der Weise, daß das ius civile des Erblassers die gesammten rechtlichen Verhältnisse in Bezug auf Erbschaft wie Legat bestimmend regelt und ordnet. Und auf den hiermit den Peregrinen gewährten privatrechtlichen, wie auf den daneben herlaufenden polizeilichen und criminalrechtlichen Rechtsschutz haben wir endlich die Zusicherung von ἀσυλία, wie von ἀσφάλεια mit zu beziehen, welche wir in den in §. VI. betrachteten Urkunden vorfanden.

# Beilage XIV.

## Ueber die Execution extra ordinem im Römischen Civilprocesse.

---

§. I.

Unter Execution können wir den von einem Organe der Staatsgewalt amtsmäßig geübten Zwang zum Gehorsam gegen eine Vorschrift jener nämlichen Gewalt verstehen. Solcher Zwang zum Gehorsam gegen ein richterliches Urtheil angewendet, bildet demnach nur eine besondere, obwohl die häufigste Unterart der Execution im Allgemeinen. Insbesondere in letzterer Beziehung wird die Execution neben der iurisdictio als ein Hauptstück der Amtsgewalt der der Rechtspflege dienenden Magistrate von den Römern aufgefaßt, so in den leges coloniae nach Hygin. de Cond. Agr. p. 118. 119. L.:

In eis agris iuris dictio cohercitioque esto coloniae;

ingleichen von Sic. Flacc. de Cond. Agr. p. 135. L.:

Magistratibus ius dicendi cohercendique est libera potestas;

Paul. lib. 18. ad Plaut. (Dig. I, 21, 5. §. 1.):

Iurisdictio sine modica coërcitione nulla est.

Der Zwangsmittel selbst aber zur Ueberwältigung der Widerspänstigkeit scheidet das classische Alterthum vornämlich drei: das mulctam dicere, das pignus capere und das corpus retinere, was namentlich erhellt aus Labeo lib. 38. Poster. bei Paul. lib. sing. de iud. publ. (Dig. XLVIII, 13., 19. §. 6.):

Ab eo is, qui hoc imperio utitur, exiget, id est pignus capiendo, corpus retinendo, mulctam dicendo.[1])

---

1) Vergl. auch Liv. XXXVII, 51 : et pignora capta et multae dictae; Cic. de Leg. III, 3.: magistratus nec obedientem et noxium civem multa, vinclis, verberibus coërceto; Ulp. lib. 24. ad Ed. (Dig. XXV, 4, 1. §. 3.): pignoraque eius capienda et distrahenda, si contemnat, vel multis coërcenda (mulier); lex Quinctia bei Frontin. de Aquae duct. c. 129.: multa pignoribus cogito coërceto, und cogendi coërcendi multae dicendae sive pignoris capiendi ius, wo zu scheiden ist

Das corpus retinere insbesondere haben wir dabei in der Bedeutung zu fassen, daß es ebensowohl das ius vocandi absentem, d. i. die Befugniß zur mündlichen, wie zur Realcitation des nicht Gegenwärtigen, wie auch das ius prendendi praesentem, d. i. die Befugniß zur Verhaftung des Gegenwärtigen unter sich begreift.[2])

Neben diesen drei Zwangsmitteln tritt jedoch deutlich erkennbar als viertes das mittere in possessionem hervor, welches, in der lex Rubria c. 22. als bona possideri proscribi venire, in der lex auf der tab. Bantina c. 9. als bona possideri facere, in der lex Servilia c. 17. als bona facere possideri conquaerique bezeichnet, im Allgemeinen wohl unter der Bezeichnung pignora capere mit inbegriffen worden zu sein scheint,[3]) gleichwohl aber

---

theils das multam dicere, theils das pignus capere, theils das coërcere d. i. corpus retinere; und alles Dreies sich gemeinsam dem cogere unterordnet, so daß zuerst zu construiren ist: multa, pignoribus cogere, wogegen das coërcere diese Ablation nicht mit regiert; dem entsprechend heißt es auch weiterhin: pignoris capio, multae dictio coërcitioque. — Wegen der multae dictio insbesondere vergl. Dirksen, Beiträge p. 189 sq. Rudorff in Zeitschr. XV. p. 245 sq. u. 212. init. Mommsen, röm. Münzwesen p. 257 sq. — Wegen der pignoris capio insbesondere Keller, röm. Civilpr. §. 83., namentlich not. 1036.

2) Vergl. Varro und Labeo bei Gell. XIII, 12. 13. Was die vocatio anbetrifft, so wird dieselbe ausgeführt theils mündlich: vocatio in diesem engeren Sinne, theils realiter: ductio; im Civilprocesse wird jene bezeichnet durch in ius vocare, diese durch in ius ducere; so die XII T. — In der prensio im obigen technischen Sinne liegt theils das prendere im vulgären Sinne: das Handanlegen, theils das ducere: das Abführen, theils das vincire: Fesseln; alle diese drei Bestandtheile scheiden Liv. XXXVIII, 60. (ut prehendi damnatum et in vincula duci iubeat), Gai. Inst. IV, 21. (partem corporis eius prendebat sc. actor, und domum ducebatur ab actore et vinciebatur sc. reus); dagegen die XII T. sagen bloß: secum ducito, vincito, die lex Rubria c. 21. 22. bloß: ducere.

3) So nennt Labeo lib. 38. Poster. supr. cit. neben dem corpus retinere und dem mulctam dicere nur das pignus capere als Zwangsmittel zur Beitreibung des verurtheilten Betrages des Peculates, während Liv. XXXVIII, 60. hierfür neben der prehensio die publicatio bonorum (somit die missio in bona) aufführt. Für das Alter der missio in bona als Zwangsmittel auf Herbeiführung eines bestimmten Verhaltens gewährt Liv. l. c. einen Fingerzeig, wo sie bereits im J. 567 wider L. Scipio in Anwendung gelangt. Als Strafe findet sie bereits Anwendung gegen die Decemvirn, Liv. III, 58. und ähnlich gegen die Tarquinier Liv. II, 5.

von dem pignora capere namentlich dadurch sich zu unterscheiden scheint, daß theils dieses immer nur einzelne Vermögensstücke ergreift, während das mittere in possessionem auch das Vermögen als juristisches Ganze ergreifen kann, theils daß das Verfahren bezüglich der Fristen und Veräußerungsmodalitäten bei der Execution wegen civilproceſſualischer Urtheile ein verschiedenes ist. Daher haben wir das mittere in bona als selbstständiges Zwangsmittel, nicht blos als quantitativ gesteigerte pignoris capio aufzufassen.[4])

Allen diesen Zwangsmitteln gemeinsam ist es, daß dieselben lediglich einen indirecten Zwang enthalten, indem nur dadurch ein Zwang ausgeübt wird, daß man den Widerspänstigen zunächst in eine andere ihm nachtheilige Lage versetzt, als die ist, welche dem in Wahrheit von ihm erforderten Verhalten entspricht. Daneben kennt jedoch das Alterthum auch einen directen Zwang,[5]) wofür Belege bieten Liv. XXXIX, 44. (vom Jahre 570.):

Quae in loca publica inaedificata immolitave privati habebant, intra dies triginta demoliti sunt;

Iulianus lib. 48. ad Edict. (Dig. XLIII, 8, 7.):

Sicut is qui nullo prohibente in loco publico aedificaverat, cogendus non est demoliri, ne ruinis urbs deformetur, ita qui adversus edictum Praetoris aedificaverit, tollere aedificium debet, alioquin inane et lusorium Praetoris imperium erit;[5a])

Ulpian. lib. 52. ad Edict. (Dig. XXXVI. 4, 5. §. 27.):

missus in possessionem, si non admittatur, — — per via-

---

4) Wegen der missio in bona vergl. Keller, röm. Civilproc. §. 78., insbes. not. 903., sowie §. 83., insbes. not. 1031.

5) Wegen desselben vergl. Keller, röm. Civilproc. not. 861. 971. 1038.

5a) Die Stelle besagt nach meiner Ansicht: wer da in loco publico baut, ohne durch Edict oder Decret eines Magistrates, wie des Prätor, Censor, Aedilen, oder durch den iussus eines sacerdos, wie der Auguren behindert zu werden, der muß nicht gezwungen werden zum Niederreißen, obwohl er dazu gezwungen werden kann [vgl. einestheils Becker, röm. Alterth. II, 2. not. 587., sowie Papin. lib. sing. de Offic. Aedil. (Dig. XLIII, 10, 1.), Ulpian. lib. 68. ad Ed. (Dig. XLIII, 8, 2. §. 17.), anderntheils Cic. de Off. III, 16, 66.]; wer dagegen dem Edicte des Prätor zuwider baut, der soll auch zum Niederreißen gezwungen werden. Anders Schmidt in Zeitschr. XV. p. 70. not. 31.

torem aut officialem praesidis aut per magistratus introducendus est in possessionem;

lib. 53 ad Edict. (Dig. XXXIX, 2, 15. §. 23.):

Ubi autem quis possidere iussus est, dominus deiiciendus erit possessione;

lib. 68 ad Edict. (Dig. XLIII, 4, 3. pr. §. 1.):

si quis missus fuerit in possessionem fideicommissi servandi caussa et non admittatur, potestate eius inducendus est in possessionem, qui eum misit; at si quis volet uti interdicto, consequens erit dicere, interdictum locum habere. Sed melius erit dicere, intra ordinem ipsos iure suae potestatis exsequi oportere decretum suum, nonnunquam etiam per manum militarem; etc.

ibid. (Dig. XLIII, 8, 2. §. 17.):

Si — obstet — aedificium publico usui, utique is, qui operibus publicis procurat, debebit id deponere;

vergl. auch Ulp. lib. 24 ad Edict. (Dig. XXV, 4, 1. §. 1.), lib. 34 ad Ed. (Dig. XXV, 3, 1. §. 4.), lib. 50 ad Ed. (Dig. XXIX, 3, 2. §. 8), lib. 52 ad Ed. (Dig. XXXIX, 1, 3. §. 1. 2. l. 5. §. 10.), lib. 73 ad Ed. (Dig. XLIII, 32, 1. §. 2.).

Ebenso werden wir auch weiter unten nachweisen, daß ein directer Zwang durch Wegnahme des geschuldeten Objectes bereits dem Ausgange der Republik bekannt ist; ja ein Zweifel in dieser Beziehung kann um so weniger entstehen, als durchaus kein Grund denkbar ist, warum dann, wenn der Widerspänstige Geld schuldete, anstatt des pignus nicht gleich das Geld selbst weggenommen worden sein sollte, und warum dann, wenn eine andere Sache geschuldet ward, z. B. in Folge der Verpflichtung zur Leistung eines opus faciendum an den Staat, nicht dieses sich vorfindende opus anstatt eines pignus ergriffen worden wäre. Daß aber das Alterthum selbst dem corpus retinere, dem pignus capere und dem mulctam dicere den directen Zwang nicht ausdrücklich nebenstellt, dafür ist der Grund einestheils darin zu suchen, daß der directe Zwang theils der Natur der Sache nach weit seltener nur zur Anwendung gelangen kann, als der indirecte Zwang, daher auch nur seltener angewendet wurde, theils aber auch da, wo es um Wegnahme einer Sache sich handelte, der directe Zwang in gleicher Weise, wie das mittere in bona dem pignus capere in seiner

weiteren Bedeutung mit untergeordnet werden mochte.[6]) Allein diesfalls haben wir immer anzuerkennen, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen dem pignus capere im engeren Sinne, und diesem directen Zwangsverfahren darin obwaltete, daß zunächst nicht das pignus captum selbst, sondern nur der Erlös aus solchem, und dieser nicht als Inhalt der zuständigen Forderung, sondern lediglich als Stellvertreter dieses Inhaltes dem Berechtigten zu Gute kam, während bei Wegnahme des geschuldeten Objectes solches an sich dem Berechtigten überlassen ward als Inhalt selbst seiner Forderung.

Alle diese Zwangsmittel stehen nun von Vorn herein außer den Priestern nur den Magistraten zu und realisiren hier den Gehorsam theils gegen das Gesetz,[7]) theils gegen das Edict und Decret des Magistrates,[8]) theils gegen den Urthelsspruch.[9]) Nur

6) Daß auch das geschuldete Object dem Begriffe pignus sich unterordnete, beweist Non. Marc. p. 362. G.: fetiales apud veteres Romanos erant, qui sancto legatorum officio ab his, qui adversum P. R. Quir. aut rapinis aut iniuriis hostili mente commoti erant, pignera facto foedere repetebant (nach der Lesart bei Huschke, incert. auct. p. 181.); ebensogut daher, wie pignus repetere, ließ sich auch pignus capere von dem geschuldeten Objecte selbst sagen. Einen directen Beleg für diesen Sprachgebrauch bietet Ulp. lib. 3. de Off. Cons. (s. unten bei not. 17.). Immer aber haben wir es hier mit einer weiteren Bedeutung des Ausdruckes zu thun.

7) So z. B. Zwang durch pignoris capio gegen Tutoren und Curatoren zur Statisdation nach I. Inst. I, 24. §. 3. und Ulp. lib. 35. ad Ed. (Dig. XXVI, 7, 1. pr.); durch multae dictio gegen den arbiter zur Ausübung des Schiedsrichteramtes nach Paul. lib. 13. ad Edict. (Dig. IV, 8, 32. §. 12.), gegen denjenigen, welcher den sicheren und freien Gebrauch öffentlicher Wege behindert nach Papin. lib. sing. de Off. Aed. (Dig. XLIII, 10, 1. §. 1.); durch multae dictio, pignoris capio und ductio gegen den Uebertreter der lex Quinctia nach Inhalt dieser lex selbst.

8) So z. B. Zwang durch pignoris capio od. multae dictio gegen Senatoren zum Erscheinen in der Senatssitzung nach Varro bei Gell. XIV, 7, 10. Liv. III, 38. Cic. de Orat. III, 1. Phil. 1, 5. vergl. de Leg. III, 4.; gegen denjenigen, dem die Censoren parietem demoliri iusserant nach Liv. XLIII, 16.; zum Erscheinen vor dem Prätor nach Ulp. lib. 24. ad Ed. (Dig. XXV, 4, 1. §. 3.).

9) So z. B. durch pignoris capio, missio in bona, ductio, u. multae dictio gegen den wegen Peculat Verurtheilten zur Herausgabe der pecunia publica nach Labeo lib. 38. Poster. (s. oben bei not. 1.) und Liv. XXXVIII, 60.; durch pignoris capio bei der provisorischen Verurtheilung in Alimentation nach Ulp. lib. 2. de Off. Cons. (Dig. XXV, 3, 5. §. 10.).

in einzelnen Beziehungen finden wir dieselben innerhalb bestimmter Gränzen auf den Privaten übertragen in der doppelten Modalität, daß einestheils das Zwangsmittel an sich dem Privaten übertragen ist, wie in der pignoris capio, bei gewissen den Privaten zuständigen Forderungen des ius sacrum und publicum (sogenannte legisactio per pignoris capionem); anderntheils aber lediglich die Ausführung des Zwangsmittels dem Privaten überlassen ist, so daß derselbe lediglich die Stelle des Offizialen des Magistrates oder des Unterbeamten, nicht aber, wie dort, die Stelle des Magistrates selbst einnimmt; dieses findet statt bei der in ius vocatio und in ius ductio, wie bei der domum ductio und der emtio bonorum des Civilprocesses, wo der Private in Wahrheit lediglich die Stelle des lictor und resp. des Quästor versieht, obgleich, was die in ius vocatio und in ius ductio betrifft, die vocatio von Seiten des Prätor nicht besonders ausgesprochen wird, vielmehr hier das Gesetz selbst solche vocatio anordnet.[9a])

§. II.

Die Execution, deren Zwangsmittel wir in §. I. darstellten, erfolgte nun entweder als extraordinaria, extra ordinem, oder nach dem ordo,[10]) ein Gegensatz, dessen Bedeutung durch den Sinn des Wortes ordo, als Regel, Ordnung, übliche Einrichtung gegeben

---

9a) Weitere verwandte Beziehungen lassen wir hier außer Betracht, so die nicht processualische manus iniectio, worüber vgl. Zimmern, röm. Civilproceß §. 44. und Macrob. Sat. III, 7, 4., die usque ad mille pondo clarigatio im Falle bei Liv. VIII, 14, 5., wozu vergl. Thl. II. §. 60., die manus iniectio im foedus mit Carthago von 406, worüber vgl. Thl. II. §. 74.; diese beiden letzteren Momente stehen übrigens auf demselben Boden, wie die actiones und interdicta popularia, und Gleiches wird anzunehmen sein in Bezug auf das Verfahren gegen den libertinus dedititius, der dem Gesetze zuwider den ihm interdicirten Bezirk betrat, worüber vgl. Thl. II. §. 60 fin. und §. 100.

10) So Ulp. lib. 25. ad Edict. (Dig. XXI, 2, 50.): extra ordinem sententiam exsequi (wo zu lesen ist exsequentis statt exsequentes); lib. 34. ad Ed. (Dig. XXV, 3, 1. §. 4.): ext. ord. coërceri; lib. 35. eod. (Dig. XXVI, 7, 1. pr.): ext. ord. cogi; lib. 58. eod. (Dig. XLII, 1, 4. §. 4.): ordo exsecutionis; lib. 68. eod. (Dig. XLIII, 4, 3. pr. §. 1.): ext. ord. iure suae potestatis exsequi, uti extraordinaria exsecutione; lib. 73. eod. (Dig. XLIII, 32, 1. §. 3.): ext. ord. subveniri; l. 5. Opin. (Dig. IV, 2, 23. §. 3.): extra ordinem exactio.

ist,[11]) und wobei der ordo selbst ebensowohl auf Herkommen und Sitte,[12]) wie auf Gewohnheitsrecht, Gesetz oder sonstiger Anordnung beruhen kann. In der vorliegenden Beziehung wird dieser sachliche Sinn des Gegensatzes zunächst dadurch gegeben, daß für die Execution des civilprocessualischen Urthels in den XII Tafeln eine Ordnung erlassen worden war, so daß, sobald der ordo exsecutionis lediglich auf diese Proceßordnung zurückgeführt worden wäre, jede Execution, welche nicht nach Maaßgabe dieses Gesetzes erfolgte, früherhin extra ordinem war. Jedenfalls ward indeß im Laufe der Zeit auch die vermögensrechtliche Execution des Civilurthels durch missio in bona und bonorum venditio, welche durch das prätorische Edict normirt war, als ordinarische Execution betrachtet, so daß unter der obigen Voraussetzung die extraordinarische Execution nunmehr die pignoris capio und den directen Zwang[13]) in und außerhalb des Civilprocesses, und die mulctae dictio, wie die corporis retentio und missio in bona, insoweit die beiden Letzteren nicht ein civilprocessualisches Urthel nach der gegebenen Executionsordnung exequirten, umfaßte. Diese Begriffsanwendung scheint in der That Ulpian, der der Lehre von der exsecutio extraordinaria eine ganz besondere Aufmerksamkeit widmete, angenommen zu haben.

Adoptiren wir nun diesen Sprachgebrauch des Ulpian, so finden wir, indem wir die Anwendung der extraordinaria exsecutio ins Auge fassen, daß dieselbe auf dem Gebiete des weltlichen Rechtes zunächst Platz griff in Fällen, wo der Gehorsam gegen ein Gesetz erzwungen wurde. Sodann einen weiteren und viel häufigeren Fall ihrer Anwendung bietet der Zwang wegen Edicten und Decrete der Magistrate, und hierunter fallen von Vorn herein auch

11) Gloss. Labb.: extra ordinem, ἐκτὸς τῆς τάξεως; vetus Gloss. bei Briss. de V. S. s. v. extra: extra ordinem, κόλασις ἡ ὑπὸ τοῦ δικαστοῦ τυπωθησομένη· ἔξω νόμου, ἢ τῶν τεταγμένων, ἢ τῶν νόμων· ἔξω τῆς τάξεως, sowie ebendas. s. v. extraordinarium, ἔξω τῶν τεταγμένων, ἢ παρὰ τοῦ δικαστοῦ τυπωθείσης τιμωρίας.

12) So werden die Geschäftskreise den Consuln extra ordinem zuertheilt, wenn darüber der Senat, nicht wie herkömmlich, Loos oder Vereinbarung entschied; vergl. Becker, Handb. II, 2. p. 118.

13) Die pignoris capio im Civilprocesse wird als Execution extra ordinem bezeichnet von Ulp. lib. 25. ad Ed. (Dig. XXI, 2, 50.), der directe Zwang von Ulp. lib. 24. ad Edict. (Dig. XXV, 4, 1. §. 1.).

die gesammten cognitiones extraordinariae der Magistrate, durch welche civilrechtliche Ansprüche geregelt wurden, indem gerade bei diesem Proceßverfahren die exsecutio extraordinaria in der Weise als Regel zu gelten hat, daß die Anwendung der ordinarischen Execution dabei erst einer späteren Zeit zu überweisen sein dürfte.[14]) Nicht minder findet die extraordinaria exsecutio ihre Anwendung im ordinarischen Civilprocesse, und dieser Punkt ist es, der unsere Aufmerksamkeit in besonderem Maaße auf sich zieht.

Fassen wir zunächst den Civilproceß in seiner gewöhnlichen Erscheinungsform in's Auge, wo die privatrechtlichen Ansprüche zwischen zwei römischen Bürgern verfolgt werden, so kann es zunächst einem Zweifel kaum unterliegen, daß von Alters her die extraordinaria exsecutio eine Anwendung hier nicht erleiden konnte, weil hier gerade die ordinarische Execution vorschriftsmäßig Platz griff. Den Zeitpunkt vielmehr, von welchem an jene Execution solche Anwendung finden mochte, werden wir mit Rücksicht auf die Ausbildung der extraordinariae cognitiones i. e. S., d. h. des Proceßverfahrens ohne actio und iudicium in den Beginn der Kaiserzeit zu versetzen haben, da hier, wie dort, die nämliche Erscheinung zu Tage tritt, daß der Magistrat mit Umgehung der durch Gesetz und Herkommen bestimmten Proceßordnung in formloser und beschleunigter Weise die civilrechtlichen Streitigkeiten zum Austrage bringt. Auch scheint, was die pignoris capio betrifft, auf diesen Zeitpunkt hinzuleiten Ulp. lib. 18. ad Edict. (Dig. IX, 2, 29. §. 7.):

> Magistratus municipales, si damnum iniuria dederint, possunt Aquilia teneri. Nam et cum pecudes aliquis pignori cepisset et fame eas necasset, dum non patitur, eis cibaria afferri, in factum actio danda est. Item si, dum putat se ex lege capere pignus, non ex lege ceperit et res tritas corruptasque reddat, dicitur, legem Aquiliam locum habere, quod dicendum est, et si ex lege ceperit, etc.

indem unter der lex, die in dem dreimal wiederkehrenden ex lege pignus capere angezogen wird, nur ein die Amtsbefugnisse der Municipal-Magistrate regelndes julisches Gesetz, somit entweder

---

14) So bei Paul. not. ad Iul. lib. 36. Dig. (Dig. V, 1, 75.) vgl. auch Ulp. lib. 5. Opin. (Dig. IV, 4, 40. pr.).

die lex Iulia municipalis oder iudiciorum privatorum zu verstehen ist, hieraus aber sich ergiebt, daß den Municipal-Magistraten durch solches Gesetz das pignus capere besonders nachgelassen war.[15]) Eine weitere, wenn auch jüngere Spur dieser pignoris capio bietet aber auch das Rescript des Antoninus Pius bei Callistr. lib. 2. Cognit. (Dig. XLII, 1, 31.), worin die pignoris capio als ganz übliches Executionsmittel im ordentlichen Civilprocesse bereits vorausgesetzt wird.

Was dagegen den directen Zwang betrifft, so gedenkt desselben als Executionsmittels im ordentlichen Processe zwar erst Ulp. lib. 51. ad Edict. (Dig. VI, 3, 68.):

> Qui restituere iussus iudici non paret, contendens non posse se restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum duntaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. — — Haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta, sive actiones in rem, sive in personam sunt, ex quibus arbitratu iudicis quid restituitur, locum habet;[16])

sowie lib. 3. de Offic. Cons. (Dig. XLII, 1, 15. §. 11. 12.):

> Si pecunia (sc. condemnati) penes argentarios sit, aeque capi solet. Hoc amplius et si sit penes alium quem, destinata tamen ei, qui condemnatus est, solet pignoris iure[17]) capi

15) S. auch Ulp. lib. 35. ad Edict. (Dig. XXVII, 9, 3. §. 1.); vergl. Savigny, Verm. Schr. III. p. 393., dessen Bemerkungen schlagend sind.

16) Wegen dieser Stelle vergl. die Citate bei Keller, Civilproc. not. 982. Es handelt dieselbe in ihrem ersten Theile von der Restitution einer Sache Seitens des Fiduciars an den Fideicommissar; da nun hier eine extraordinaria cognitio Platz griff, so ist unter iudex der Consul oder Prätor zu verstehen, dem solche cognitio oblag. In gleichem Sinne legt schon Cic. de Leg. III, 3. dem magistratus ein multam iudicare bei und ebenso sagt Gai. lib. 1. ad Ed. prov. (Dig. II, 1, 11. pr.): iurisdictio iudicantis, Ulp. lib. 3. ad Ed. (Dig. V, 1, 2. §. 8.): His datur mulctae dicendae ius, quibus publice iudicium est; lib. 3. ad l. Iul. et Pap. (Dig. L, 16, 131. §. 1.): mulctam is dicere potest, cui iudicatio data est; Paul. Epit. zu Labeo lib. 4. Pithan. (Dig. eod. 244.): mulctae —, qui eius iudici(s) potestas est, quantam dicat; u. a. m. Vergl. Keller, röm. Civilproc. §. 47. not. 570., sowie Thl. II. not. 174.

17) Dadurch daß hier Ulp. von einem pignoris ius spricht, ordnet sich jener Sachverhalt keineswegs der pignoris capio unter; denn das Wesen der Letzteren besteht darin, daß durch die Caption und den drohenden Verkauf der

et converti in causam iudicati. Praeterea pecuniam quoque depositam nomine condemnati vel in arca reclusam solent capere, ut iudicato satisfiat. Hoc amplius et si pupillaris pecunia in arca reposita sit ad praediorum comparationem, etiam citra permissum Praetoris ab eo, qui exsequitur iudicatum, solet capi, et in causam iudicati converti.

Allein der Umstand, daß nicht bereits Zeugnisse höheren Alters davon berichten, nöthigt um so weniger zu der Annahme, daß den früheren Jahrhunderten der Kaiserzeit dieses Executionsmittel unbekannt gewesen sei, als weder äußere noch innere Gründe hierfür sprechen. Denn da, wie bereits bemerkt, in Wahrheit nur Ulpian allein unter allen älteren Juristen der exsecutio extraordinaria eine höhere Aufmerksamkeit gewidmet hat, so kann es nicht auffallen, daß nur von ihm vereinzelte Berichte über obiges Executionsmittel überliefert sind, und andrerseits mögen wir zwar anerkennen, daß der directe Zwang im Civilprocesse dem Zeitalter des Königthumes und der Republik widerstrebte, allein daß auch die Kaiserzeit diese Anschauung getheilt habe, dies ist eine Behauptung, für welche mir eine Unterstützung sich nicht bietet, am allerwenigsten aber in Ulp. lib. 1. de Off. Cons. (Dig. V, 1, 82.) und lib. 34. ad Edict. (Dig. XXV, 5, 1. §. 2.)[18]) gefunden werden

Schuldner zur Leistung des Geschuldeten indirect gezwungen werden soll. Das Wesen des obigen Verhältnisses dagegen besteht darin, daß durch die Caption des Geldes und dessen Hingabe an den Gläubiger der Schuldner direct zur Leistung des Judicates selbst gezwungen wird (in causam iudicati convertitur pecunia). Anders freilich würde sich die Sache stellen, wenn nicht auf Geld, sondern etwas Andres judicirt wäre: dann wäre das weggenommene Geld, ebenso wie der Erlös für das Pfand, nur Stellvertreter der durch das Urtheil auferlegten Leistung. Vergl. übrigens oben bei not. 6.

18) Ulp. lib. 1. cit.: Nonnunquam solent magistratus populi Romani viatorem nominatim vice arbitri dare; quod raro et non nisi de urgente faciendum est; lib. 34. cit.: necessario praetor adiecit, ut qui per dolum venit in possessionem, cogatur decedere. Coget autem eum decedere non praetoria potestate vel manu ministrorum, sed melius et civilius faciet, si eum per interdictum ad ius ordinarium remiserit. Diese Stellen beweisen lediglich, daß der unmittelbare Zwang zum Gehorsam gegen das Edict oder Decret des Magistrates möglichst vermieden wurde und als incivil dem röm. Volksgeiste widerstrebte, daher regelmäßig das Verfahren gegen den Ungehorsamen in ein iudicium übergeleitet und somit der Zwang durch ein Urthel vermittelt wurde. Das regelmäßige Inter-

kann. Immerhin mag jedoch der directe Zwang erst später üblich geworden sein, als die pignoris capio.

Demnach haben wir nun auch im ordentlichen Civilprocesse zwischen den römischen Bürgern in der Kaiserzeit der extraordinaria exsecutio einen Platz neben der ordinarischen Execution anzuweisen, wobei allerdings der Unterschied obgewaltet zu haben scheint, daß die Letztere zu beanspruchen der Kläger berechtigt war, während die Erstere dagegen lediglich dem freien Ermessen des Magistrates anheimgegeben blieb. Anders dagegen gestaltet sich das Verhältniß bezüglich der actiones populares, worüber in §. III. das Nähere zu erörtern ist.

## §. III.

Betrachten wir die Execution bei den actiones populares,[19]) d. i. denjenigen Klagen, welche in Vertretung des populus entweder von jedem civis angestellt werden können, oder von den Magistraten selbst des populus, wofür Beispiele bieten die lex auf der tabula Bantina lat. v. 7. sq., die sogen. lex de inferiis, auch die lex munic. von Bantia c. 3., wie überhaupt alle Criminalanklagen, welche der Jurisdiction der Comitien unterliegen,[20]) so ist, was die erstere Classe betrifft, als Besonderheit derselben zunächst zu bemerken, daß die Execution nicht im Namen des Klägers, sondern ohne Weiteres von dem Magistrate selbst angestellt wird, wofür ein schlagendes Beispiel gegeben ist in der actio der lex Mamilia c. 5., bei welcher sogar der Kläger die Hälfte des Judi-

---

dicienverfahren bietet dafür das schlagendste Beispiel. Ebenso tritt deutlich erkennbar das Streben an den Tag, das Verfahren gegen den Uebertreter von Gesetzen polizeilichen Characters durch actio in Form des Civilprosses zu vermitteln; so namentlich in der lex Mamilia c. 5., in der lex collegii fontanorum v. 17. sq., in der lex auf der tab. Bantina v. 7. sq.; vergl. auch Cic. p. Cluent. c. 33. 37. Anders in der lex Quinctia.

19) Von den actiones populares sind zu scheiden die Klagen, welche der actor civitatis anstellt; diese haben mit den actiones populares das Gemeinsame, daß die Execution weder dem actor, noch gegen ihn, sondern dem populus selbst und gegen diesen gegeben wird, wie dies bezeugt Paul. lib. 9. ad Edict. (Dig. III, 4, 6. §. 3.) und resp. Ulp. lib. 58. ad Edict. (Dig. XLVI, 1,4. §. 2.).

20) Vergl. Geib, röm. Crim. Proc. p. 100 sq.; vergl. auch Quint. Decl. 265., wie Dion. Hal. VII, 12.

cates (ebenso wie in der actio aus dem S. C. bei Frontin. de Aquaed. c. 127) erhält.[21]) Als gemeinsames Merkmal der Execution bei allen diesen Klagen dürfen wir nun vor Allem anerkennen, daß, während die Execution bei Privatklagen zwischen röm. Bürgern theils die Gestalt einer besonderen Klage, sei es der legis actio per manus iniectionem, sei es der actio iudicati im Allgemeinen annimmt, theils auch als actio an bestimmte Fristen gebunden ist, die Execution in jenen öffentlichen Klagen im Allgemeinen weder durch besondere Executionsklage, vielmehr durch formloses Executionsverfahren schlechthin vermittelt wurde, noch auch bestimmten Fristen unterlag. Den ersteren Punkt betreffend, so findet derselbe seine Bestätigung nicht allein bezüglich der Criminalklagen sammt der denselben beziehentlich adhärirenden Litis Aestimation, wofür Beispiele bieten die Klage aus der lex Servilia nach c. 2. 17. und 19., die Klage wegen Peculates nach Liv. XXXVIII, 60. und worüber zu vergleichen ist Geib, röm. Crim. Proc. p. 150. u. 383., sondern auch bezüglich der Popularklagen, denen jener criminalrechtliche Character fehlt, die vielmehr in die Formen des Civilprocesses sich einkleiden, wie die Klage aus der lex auf der tab. Bantin. v. 7. sq. und die Klage aus der lex Mamilia c. 5., wo die Worte: si is — — condemnatus erit, — exigito, auf ein einfaches und nicht durch actio vermitteltes Executionsverfahren hinweisen. Der zweite Punkt dagegen findet seine Bestätigung durch die Klage aus c. 5. der lex Mamilia (primo quoque die exigito,)[22]) wie anderntheils auch durch die Criminalklagen, worüber vergl. Geib, l. c. und insbesondere die

---

21) Vergl. Mommsen, Stadtr. p. 464. sq., der jedoch irriger Weise hier von einer actio iudicati spricht, während doch bei den actiones populares die Execution gerade nicht in Form einer besonderen Klage vermittelt wird.

22) Den Grund hierfür erblickt Rudorff, Zeitschr. XIV. p. 371. darin, daß die lex Mamilia die Strafe der termini motio in den Worten ausspricht: dare damnus est. Da nun der Thäter, sagt Rudorff, schon vom Augenblicke der That als ein verurtheilter Verbrecher gilt, so hat er kein tempus iudicati anzusprechen. Allein daß dieser Vordersatz falsch ist, ergiebt sich aus den Worten: si is unde pecunia petita erit, condemnatus erit; denn wenn der termini motor in der That schon in Folge seiner That als ein unmittelbar durch das Gesetz Condemnirter gälte, so könnte er nicht daneben noch eine condemnatio durch den iudex erleiden, weil solche doppelte Condemnation geradezu ein juristisches Unding ist.

lex Servilia c. 19. (primo quoque die Quaestorem solvere iubeto und primo quoque die pecunia exigatur).

Eine weitere Besonderheit sodann der actiones populares dürfte darin zu erblicken sein, daß der Magistrat im Allgemeinen befugt gewesen zu sein scheint, alle Zwangsmittel, welche überhaupt ihm zustanden, zur Exequirung der Forderung nach seinem Ermessen beliebig anzuwenden. Zwar finden wir, daß die lex auf der tab. Bantina v. 7. sq., und die lex Servilia c. 17. missio in bona, die lex Mamilia c. 5. dagegen pignoris capio und directe Execution[23]) besonders vorschreiben; allein andrerseits sehen wir bei dem Peculate die Magistrate in der Wahl der Executionsmittel auf das Ungebundenste verfahren (s. oben not. 9.), so daß die Annahme gerechtfertigt erscheint, daß bei allen den Popularklagen, wo eine besondere gesetzliche Vorschrift über die Modalität der Execution nicht gegeben war, lediglich das Ermessen der Magistrate innerhalb deren amtsmäßiger Befugnisse über das Executionsverfahren entschied.

Aus dem Bemerkten aber geht zugleich hervor, daß bei den actiones populares die Execution extra ordinem statt fand, was seine volle Bestätigung erhält durch Alexander in C. Iust. XI, 29, 3.:

Rempublicam ut pupillam extra ordinem iuvari moris est,

und nicht minder unterstützt wird durch die lex Mamilia c. 5., insofern als aus der hierin enthaltenen gesetzlichen Vorschrift des directen Zwanges erhellt, daß gegen Ausgang der Republik[24]) diese

23) In den Worten: si is unde pecunia petita erit condemnatus erit, eam pecuniam ab eo deve bonis eius primo quoque die exigito; denn die Worte: ab eo exigito können im Gegensatze zu dem de bonis exigito lediglich dahin verstanden werden, daß sie die Wegnahme des geschuldeten Geldes bezeichnen im Gegensatze zur Wegnahme von pignora, durch deren Erlös erst das geschuldete Geld beschafft wird. Rudorff in Zeitschr. IX. p. 408. bezieht das ab eo auf den praesens, das deve bonis eius auf den absens; in Zeitschr. XIV. p. 371. und röm. Feldm. II. p. 247. das ab eo auf die Personalexecution, das deve bonis eius auf die Vermögensexecution. Ich sehe weder für das Eine, noch für das Andere einen zureichenden Grund.

24) Rudorff, Zeitschr. IX. p. 379 sq. und röm. Feldm. II. p. 244 sq. überweist zwar diese lex Mamilia dem Caligula; allein daß diese lex in der That die lex agraria des C. Julius Cäsar v. J. 695 ist, deren in den bei Marquardt, Handb. III, 1. not. 2125. u. 2203. citirten Stellen gedacht wird, und zugleich die lex Mamilia ist, welche Cicero und die Agrimensoren erwähnen, wie dies Mommsen, röm. Feldm. p. 223 sq. ausführt, scheint mir daraus

Executionsmodalität bei actiones populares als vollkommen unbedenklich galt.[25])

§. IV.

Die vorausgehende Erörterung lehrte, daß als ursprüngliches Gebiet der extraordinaria executio nicht der ordinarische Civilproceß zwischen römischen Bürgern, insoweit derselbe privatrechtliche Ansprüche betraf, gelten konnte, vielmehr erst in der Kaiserzeit, wo ein freieres Abgehen von den überlieferten Rechtssatzungen Platz griff, eine Uebertragung jener Executionsart statt fand. Dagegen findet jene Execution in dem weltlichen Rechte ihre ursprüngliche und normale Anwendung in den Fällen des Ungehorsames gegen das Gesetz; sodann gegen das Decret des Magistrates, ein Fall, dem von Vorn herein auch die extraordinariae cognitiones sich unterordnen; endlich gegen den Urthelsspruch in actiones populares, wohin wir auch die Criminalanklagen mit rechnen können. Das gemeinsame Merkmal aller dieser Fälle ist das Vorwalten des öffentlichen Interesse, welches in allen jenen Fällen ganz unmittelbar berührt wird. Dieser Gesichtspunkt mochte es rechtfertigen, daß man in allen jenen Fällen der Zwangsbefugniß der Magistrate im Allgemeinen keine Gränze setzte. Daß aber in der That gerade das öffentliche Interesse diesen bestimmenden Einfluß ausübte, darauf weist ganz unmittelbar hin die in §. III. citirte Constitution von Severus Alexander, und dies findet auch seine indirecte Bestätigung durch die sogen. legis actio per pignoris capionem, in-

---

hervorzugeben, daß sie 1. als lex anzuerkennen ist, während von Caligula anzunehmen ist, daß er seine Colonieen nicht auf Grund einer lex, sondern kraft seines imperium deducirte; und 2. daß sie Curatores voraussetzt, während von der Dictatur des Cäsar an die Colonieen durch legati deducirt werden; vergl. Marquardt, Handb. III, 1. p. 312. sq. 333. sq. Rudorff in Agrimens. II. p. 331 sq. 334.

25) Ebenso finden wir die pignoris capio bei fiscalischen Forderungen erwähnt im Edicte des praefectus Aegypti, Tiberius Iulius Alexander vom 6. Juli 68. p. Chr. (s. Rudorff. Rhein. Mus. f. Philol. Jahrg. II. p. 64—84. 133—190.) v. 21—23: κελεύω οὖν, ὅστις ἂν ἐνθάδε ἐπίτροπος τοῦ κυρίου ἢ οἰκονόμος ὕποπτόν τινα ἔχῃ τῶν ἐν τοῖς δημοσίοις πράγμασι ὄντων, — — — μέρη τῶν ὑπαρχόντων αὐτοῦ κατέχειν ἐν τοῖς δημοσίοις γραμματοφυλακίοις πρὸς ὀφείλημα. Denn wenn auch hier die pignoris capio nur als provisorische Sicherheitsmaaßregel, als Arrest erwähnt wird, so ist doch nicht zu bezweifeln, daß die Modalität der Execution die nämliche sein konnte, wie die des Arrestschlages.

dem auch diese als Executionsproceß mit extraordinaria exsecutio zu gelten hat (§. I.), auch hier wiederum aber, abgesehen von den Fällen des ius sacrum, lediglich das öffentliche Interesse als bestimmender Grund der Wahl dieser Proceßart anzuerkennen ist.

Gerade dieses öffentliche Interesse waltet aber auch bei allen Processen der staatsrechtlichen Recuperation ob; denn wo die civitas der civitas gegenüber Rechtsschutz und Rechtshülfe garantirt und die Rache der Götter die Verletzung der übernommenen Verpflichtung bedroht, da ist der Staat ganz unmittelbar dabei interessirt, daß dem auf dem Proceßwege Schutz Suchenden dieser Schutz auch gewährt und in geeigneter und wirksamer Weise gewährt werde. Wenn daher sogar noch selbstständige Spuren sich finden, welche darauf hinleiten, daß im alten Recuperatorenprocesse die Execution extra ordinem erfolgt sei (vergl. Thl. II. §. 29), so dürfen wir diese letztere Thatsache unbedenklich als wahr anerkennen und jene Processe als letzten Fall den Obigen beifügen, in denen die extraordinaria exsecutio Platz griff.

Unternehmen wir es nun aber, aus dem vorliegenden Materiale die eigenthümlichen Besonderheiten der extraordinaria exsecutio festzustellen, so erkennen wir als deren Merkmale an, daß zunächst das Zwangsverfahren weder durch Gesetz oder Herkommen, noch durch Edict in seinen Einzelheiten bestimmt war, vielmehr lediglich die allgemeinen Grundsätze Platz griffen, welche die Amtsbefugnisse der Magistrate regelten; daß sodann die Zwangsmittel nicht auf retentio oder missio in bona beschränkt waren, vielmehr deren Wahl innerhalb der im Allgemeinen gegebenen Gränzen in der Regel lediglich dem Ermessen der Magistrate überlassen war; daß ferner die Execution nicht durch besondere actio iudicati vermittelt wurde, sondern nur als einfaches Executionsverfahren vor sich ging; sowie daß endlich die Execution weder an bestimmte Fristen, noch an solenne Formen gebunden war, sondern formlos und zu jeder durch das Ermessen des Magistrates bestimmten Zeit vor sich gehen konnte.

---

# Beilage XV.

## Ueber das XII Tafel-Gesetz von den Forcti und Sanates.

### §. I.

In der Schede des Festus s. v. [Sanates] p. 321. sq. M. wird ein Gesetz aus den XII Tafeln überliefert, welches in doppelter Beziehung der Wissenschaft Schwierigkeiten darbietet, einmal nämlich rücksichtlich seiner Restitution, insofern das Gesetz selbst nur lückenhaft überliefert ist, sodann hinsichtlich der ihm beizumessenden Beziehung, namentlich insofern das Gesetz von Forcti und Sanates handelt, die Wissenschaft aber bis jetzt zu einer haltbaren Ansicht darüber noch nicht gelangt ist, welche Individuen unter diesen Bezeichnungen zu verstehen seien.

Der Beantwortung dieser letzteren Frage gilt unsere gegenwärtige Specialerörterung, die wir jedoch nicht aufnehmen mögen, ohne zuvor den Ersten jener beiden Punkte berührt zu haben.

Drei Restitutionsversuche des in Frage stehenden Gesetzes können Anspruch erheben, von der Wissenschaft in Betracht gezogen zu werden: der des Scaliger und Ursinus, dem insbesondere Niebuhr, röm. Gesch. II. p. 373. 3. Aufl. und mit unwesentlicher Veränderung auch O. Müller in seiner Ausgabe des Festus gefolgt sind, und welcher lautet:

Nex[o solutoque, ac] forcti sanati[que idem ius esto],

wofür Müller l. c. restituirt:

Nex[i solutique, ac] forti, sanati[sque idem ius esto].

Sodann der des Iac. Gothofredus, fragm. XII Tab. tab. IX. in fontes quat. iur. civ., welcher lautet:

Nex[o soluto,] forti sanati [siremps ius esto],

und welchem namentlich Dirksen, Zwölftafel-Fragm. p. 166. mit unwesentlicher Abänderung (idem st. siremps) beigetreten ist.

Endlich die Restitution Huschke's, Nexum p. 245 sq., welche zunächst lautet:

Nex[i mancipiique idem] forti sanati[que ius esto],

und sodann weiterhin dahin ergänzt wird:

Nex[i mancipiique idem quod p. R.] forti sanati[que supra infraque Romam ius esto].

Daß wir nun in dieser letzten Redaction dem mehrfach bewährten critischen Scharfblicke Huschke's eine angemessene und dem Sinne nach befriedigende Restitution des betreffenden Gesetzes zu verdanken, dagegen die Restitutionen des Scaliger und Gothofredus als verfehlt zu verwerfen haben, ergiebt eine Prüfung der von Huschke l. c. beigebrachten, erschöpfenden Argumente. Indem wir daher hinsichtlich der Gründe dieser anerkennenswerthen Restitution auf die Ausführung Huschkes selbst verweisen, so können wir doch nicht umhin, bezüglich der Form der von Huschke gegebenen Restitution drei Berichtigungen zu proponiren. Denn zunächst ist es ein offenbarer Fehler, daß Huschke das überlieferte forti als Dativ auffaßt, indem vielmehr aus der von Festus überlieferten Erklärung: id est bonor[um] erhellt, daß, wie bereits Müller erkannte, forti in der That Genitiv ist; sodann ersehen wir aus anderweiten, in §. II. anzuführenden Berichten, daß die älteste Form dieses Wortes nicht forti, sondern forcti gelautet hat; und endlich finden wir bei Liv. XXXV, 7. aus dem J. 561 ein Gesetz überliefert, welches lautet:

ut cum sociis ac nomine Latino pecuniae creditae ius idem quod cum civibus Romanis esset,

und welches, da seine Tendenz und sein allgemeiner Inhalt genau der nämliche ist (vergl. Beilage XII. §. XXXI), wie bei dem in Frage stehenden XII Tafelgesetze, bei dem sorgsamen Festhalten der Römer an gegebenen Formeln und legislativen Ausdrücken und Wortwendungen, in der That als unmittelbares Vorbild bei Redaction des zu restituirenden Gesetzes uns gelten kann, wie muß. Und wenn nun hiernach das in Frage stehende XII Tafelgesetz dahin gelautet haben würde:

Nexi mancipiique ius idem quod Quiritium forcti sanatisque supra infraque Romam esto,

so restituiren wir endlich mit Rücksicht auf das in Beilage XII. §. V. not. 8., sowie unten in §. III. Bemerkte, dieses Gesetz endgültig dahin:

Nexum mancipiumque idem quod Quiritium forcti sanatisque supra infraque Romam esto.

§. II.

Fassen wir hiernächst die sprachliche Bedeutung der Ausdrücke sanas und forctus ins Auge, so finden wir, wie vor Allem in der Schede des Festus selbst an dreifacher Stelle eine Erklärung des Sprachsinnes beider Worte gegeben worden zu sein scheint: zuvörderst p. 321. Z. 8. u. 9., sodann p. 321. Z. 19., endlich p. 322. Z. 6. Obgleich wir indeß aus diesen uns überkommenen fragmentarischen Ueberlieferungen an sich einen selbstständigen Gewinn zu ziehen nicht vermögen, so ersetzen doch andere Beweismittel diesen Verlust, so daß wir in dieser Beziehung immerhin auf keinerlei erhebliche Schwierigkeiten stoßen.

Zunächst der Ausdruck sanas stellt sich dar als Partic. von sanare mit der Bedeutung des Perf. Pass.,[1]) dessen Bedeutung in der hier fraglichen staatsrechtlichen Beziehung ist: von dem politischen Abfalle, der defectio, zur Treue zurückführen. Diese Bedeutung, welche zwar unsere Lexica nicht besonders abgränzen, wird doch bezeugt von Festus, s. v. sanates p. 348.:

sanates dicti sunt, qui supra infraque Romam habitaverunt; quod nomen his fuit, quia cum defecissent a Romanis, brevi post redierunt in amicitiam quasi sanata mente; wozu vergl. Paul. Diac. s. v. p. 349.

Diesen alten technischen und juristischen Sinn des Wortes hat nun allerdings die spätere Sprache verwischt,[2]) allein immerhin verräth

1) Analog ist das so häufige damnas; nur ist damnas in der späteren Zeit indeclinabile geworden so z. B. Paul. lib. 3. Regul. (Dig. XXX, 1, 122. §. 1.): Lucius Titius et Caius Seius Publico Maevio X dare damnas sunto, Scaevola lib. 16. Dig. (Dig. XXXI, 1, 34. §. 1.), während wir sanas als declinabile überliefert finden; vergl. Festus p. 349. u. Gell. N. A. XVI, 10. Bemerkenswerth ist, daß ebensowohl das Umbrische die gleiche Form des Part. Perf. Pass. (as od. az dem Thema angefügt) bietet, so termnas (terminatus), pihaz (piatus), kunikaz, stakaz, worüber vergl. Aufrecht und Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. I. p. 147. II. p. 235. 382. 390., sowie daß andrerseits auch noch bei Ennius, Plautus, Lucretius, wie auch bei Varro die nämliche Form, obwohl hier in der Bedeutung des Partic. Praes. Act. wiederkehrt, so exsultas, memoras u. dgl.; worüber vgl. Koch in Rhein. Mus. N. F. IX. 1854. p. 305 sq. und Ritschl, ebendas. XI. 1857. p. 640.

2) Die ältesten Ausdrucksweisen in den Volksrechten beruhen häufig auf poetischer Anschauung und stellen sich dar als bildliche Bezeichnungen (vergl. Grimm, von der Poesie im Recht, Zeitschr. f. gesch. Rechtsw. II, 2.); im Laufe der Zeit aber schwindet das Bewußtsein der ursprünglich nur poetischen und

sich jene alte Bedeutung noch in dem Gebrauche der Worte sanire, sanitas, sanus, insanire u. dergl. und in deren Beziehung auf politische Verhältnisse, welche sich z. B. findet bei Hirt. Bell. Gall. VIII, 22.:

hos ad sanitatem reliquorum deditione esse perductos;

Caes. B. G. I, 42.:

eum ad sanitatem reverti arbitrabatur;

ibid. V, 7.:

nihil hunc se absente pro sano facturum arbitratus, qui praesentis imperium neglexisset;

Liv. VII, 39, 10.:

ex iniuria insaniens exercitus.

Sodann den Ausdruck forctus betreffend, so überliefert zwar die Handschrift des Festus nach der Müllerschen Ausgabe in dem obigen Gesetze selbst die Form fortus, allein daß wir in der That forctus als die ältere Form vorzuziehen haben, ergiebt zunächst der Umstand, daß die nämliche Schede weiterhin (p. 322. Z. 4. u. 8. M.) constant forctus hat; daß sodann Paul. Diac. p. 102. die Formen horctus und forctus, und p. 84. die Form forctis überliefert; und

---

bildlichen Auffassung; da jedoch der einmal gebräuchliche Ausdruck beibehalten wird, so verwandelt er sich in eine rein technische Bezeichnung, aus welcher der poetische Hintergedanke entweicht. In der weiteren Entwickelung der Sprache wird jedoch dieser technische Character mitunter wiederum verwischt und die alte Bezeichnung, indem sie nun zu ihrem alten vulgären Sinne zurückkehrt, verwandelt sich abermals zur bildlichen Bezeichnung des jurist. Verhältnisses. Dies scheint mir das Schicksal der Ausdrücke sanare, sanitas, sanus, insanire, u. dergl. zu sein. So nun bedienen sich das 7. und spätere Jahrh. d. St. des Ausdruckes sanare zur Bezeichnung des nämlichen jurist. Verhältnisses, wie die unmittelbar vorhergehenden. Allein die hiermit verbundene Vorstellung ist eben eine andere geworden: das vierte Jahrhundert d. St. verband mit sanare nur den Begriff des Zurückführens zur Treue, während die spätere, wie die vorhistorische Zeit mit jenem Ausdrucke die nämliche Sache, allein in anderer Weise bezeichnete, indem man die Rückkehr zur Treue als Genesung von geistiger Krankheit auffaßte, und in diesem Sinne den Ausdruck sanare anwandte. Allein die häufige, ja regelmäßige Wiederkehr solchen Bildes in unseren Quellen zur Bezeichnung jenes jurist. Verhältnisses beweist eben, daß gerade die ehemalige technische Bedeutung des Ausdruckes es ist, welche durch das Medium früherer Schriftsteller auf die späteren einwirkt und deren Auffassungsweise bestimmt; vergl. namentlich Liv. VIII, 27. XXVIII, 27, 7 11. 32, 3. 34, 4. XXX, 13. Caes. B. C. I, 35. Frontin. Strateg. I, 9. Gell. II, 12. u. a. m.

endlich der liber de Praenomine nach dem Cod. Vat. bei Mai, Script. vett. Vatic. coll. III. p. 90 sq. diese Lesart an die Hand giebt:

> Cnaeus ob insigne naevi appellatus est, quod unum praenomen varia scriptura notatur. Alii enim Naeum, alii Gnaeum, alii Cnaeum scribunt. Qui C littera in hoc praenomine utuntur, antiquitatem sequi videntur, quae multum ea littera usa est: olim enim dicebatur frucmentum, nunc frumentum, ecfertur, et forctis non fortis, et cnatura, non natura, etc. wozu vergl. Th. Bergk in Rhein. Mus. N. F. IV. 1846. p. 120 sq.

Nach Alle dem aber haben wir daher nach doppelter Richtung hin eine Metamorphose des in Frage stehenden Ausdruckes anzunehmen: nach der einen Richtung hin die Verwandlung von forctus in forctis, nach der anderen Richtung hin aber, wie bereits Bergk l. c. p. 122. beziehentlich bemerkt, von forctis in forgtis oder von forctus und forgtus, sowie von forgtis und forgtus in fortis und fortus. Immerhin haben wir aber die Form fortis für die jüngste, forctus aber für die älteste Bildung anzusehen und diese daher den XII Tafeln beizumessen.

Die Bedeutung dieses Ausdruckes aber wird von Paul. Diac. ll. cc. erklärt theils durch frugi et bonus sive validus, theils durch bonus, und die letztere Deutung giebt auch Festus selbst p. 321 Z. 19. Allein alle diese Deutungen erscheinen vag und unbefriedigend, indem der wahre technische Sinn, welchen forctus zur Zeit und in den XII Taf. hat, am Sichersten aus dem Gegensatze sanas sich ergiebt, demgemäß forctus den Treuen, oder vielmehr den treu Gebliebenen bezeichnet. In der späteren Latinität ist diese Bedeutung allerdings geschwunden, allein immerhin bietet uns dieselbe in der von Alters überlieferten solennen Bezeichnung als fortis ac fidelis (cf. Forcellini s. v. Brisson de form. pag. 225.) eine Formel, in welcher fortis oder forctus ursprünglich synonym mit fidelis, somit in gleicher Bedeutung stehen mochte, wie in den XII Taf.; denn die Tautologie ist Characterzug der solennen Sprache des jugendlichen Staates und seines Rechtes (vgl. Grimm, von der Poesie im Rechte §. 5. in Ztschr. II, 2.).

Nach Alle dem haben wir daher die Ausdrücke forcti und sanates aufzufassen als qualitative Bezeichnungen, welche je durch

das politische Verhalten gewisser Classen von Individuen gegeben sind.

§. III.

Wenn wir im Vorhergehenden feststellten, daß das fragliche Gesetz auf die politisch treu Gebliebenen, wie auf die zur Treue gegen den populus Romanus Zurückgekehrten zu beziehen ist, so können wir gleich hier die Frage anschließen, was überhaupt das Gesetz jenen forcti und sanates verlieh. Denn wenn auch diese Frage bei der Klarheit der durch die Restitution gewonnenen Gesetzesworte als müßig erscheinen könnte, so ist dieselbe doch dadurch gegeben, daß einestheils Huschke l. c. p. 253 sq. jenem Gesetze ohne Weiteres den Sinn untergelegt hat, daß dasselbe eine Verleihung des römischen commercium an die forcti und sanates enthalte, während gleichwohl das Gesetz explicite eine solche Verleihung nicht ausspricht, anderntheils aber auch dadurch, daß, nach unserer Annahme, obiges Gesetz zunächst nur eine Verleihung des nexum und mancipium ausspricht, gerade hierin aber wir den Ausdruck einer specifisch römischen Anschauungsweise zu finden vermeinen. Gleichwie nämlich, was diesen letzteren Punkt betrifft, die Römer den Worten nach immer nur honor und suffragium, conubium und commercium, nicht aber ius honoris und suffragii, wie conubii und commercii verliehen; gleichwie sie ferner dem Berechtigten nicht ein ius hereditatis und dominii, sondern regelmäßig nur eine hereditas und ein dominium attribuiren, so werden dieselben auch nicht ein nexi mancipiique ius, sondern das nexum mancipiumque selbst verliehen haben. Denn alle jene Ausdrucksweisen mögen uns nicht als Besonderheit und Eigenthümlichkeit der Redeform allein gelten, vielmehr weisen dieselben in ihrem regelmäßigen Auftreten darauf hin, daß sie, von Alters her überliefert, einem Zeitalter entstammen, wo die Vorstellung, die hinter der Ausdrucksweise sich barg, der Letzteren vollkommen adäquat war, und wo eine sinnliche und versinnlichende Anschauung der Verhältnisse noch nicht zur Scheidung der Begriffe des juristisch normirten Lebensverhältnisses und der juristischen Norm selbst, welche das Verhältniß regelt, hatte gelangen lassen: man verlieh nicht das Recht, sondern das juristisch normirte Lebensverhältniß selbst, d. i. das Rechtsverhältniß, somit nicht das ius nexi mancipiique, sondern das nexum mancipiumque. Wir haben diese

Thatsache selbst in Beilage XII, §. V. weiter ausgeführt und näher begründet, daher wir gegenwärtig uns begnügen, wegen des Weiteren in dieser Beziehung auf jene unsere Darstellung zu verweisen.

Wenn wir daher anzunehmen haben, daß in dem obigen Gesetze in der That den sanates und forcti den Worten nach nur das nexum mancipiumque des römischen Rechtes verliehen wurde, so ist doch andrerseits zugleich anzuerkennen, daß solche Verleihung in der That die sachliche Bedeutung einer Verleihung der das nexum und mancipium betreffenden Partieen des ius civile Romanorum hatte. Allein selbst hierin haben wir noch eine von unserer eigenen Auffassung der Verhältnisse abweichende Eigenthümlichkeit der römischen Nationalanschauung anzuerkennen, insofern als wir die Beziehung, welche zwischen der Rechtsnorm und dem Rechtssubjecte obwaltet, überwiegend und maaßgebend als Theilnahme des Subjectes an der Norm, d. h. als Empfänglichkeit für die Dispositionen uns denken, durch welche das Gesetz ordnend in das Leben eingreift, demgemäß aber die Modalität, durch welche diese Beziehung zwischen dem Subjecte und der Norm hervorgerufen wird, sich uns als Verleihung der Theilnahme am Rechte darstellt, oder vielmehr, weil der durch solche Verleihung hervorgerufene Zustand nur ein Potentielles, nicht ein Actuelles inbegreift, als Verleihung der Fähigkeit zur Theilnahme am Rechte. Dahingegen die Römer fassen die Beziehung zwischen Norm und Subject als Innehaben der Ersteren Seitens des Letzteren auf: die Rechtssatzungen stehen ihnen in einem unmittelbaren Zuständigkeitsverhältnisse zu der Person und die Letztere ist Detentor der Rechtsnorm selbst, daher auch dementsprechend die Modalität, welche diese Beziehung zwischen Norm und Subject herstellt, von ihnen als Verleihung des Rechtes selbst aufgefaßt wird. Diese Anschauungsweise liegt aber in der That maaßgebend zu Grunde, wenn in dem in §. I. erwähnten Fall den socii das ius creditae pecuniae verliehen wird, und sie birgt sich auch im Hintergrunde, wenn die Römer nexum und mancipium oder conubium u. dergl. anstatt des ius nexi mancipiique, conubii u. a. verleihen.

Nach Alle dem sind wir aber in der That berechtigt, dem obigen Gesetze die Bedeutung beizumessen, daß es den unter den sanates und forcti inbegriffenen Individuen die Fähigkeit zur

Theilnahme an den das nexum und mancipium betreffenden Partieen des römischen Rechtes verlieh, so daß hiermit allerdings die Frage entsteht, ob hierin vielleicht nichts Anderes als das commercium des römischen Rechtes verliehen sei. Dennoch haben wir diese Frage zu verneinen und zwar zunächst um deßwillen, weil wir annehmen dürfen, daß den XII Tafeln wie der Ausdruck conubium, so auch commercium als technischer bereits bekannt gewesen sei (vergl. Thl. II, p. 159), diesfalls aber die Annahme als unstatthaft zu verwerfen ist, als hätten die XII Tafeln neben dieser Bezeichnung noch einen gleich technischen Ausdruck für die nämliche Sache in der Bezeichnung nexum mancipiumque gekannt, oder gar anstatt jenes ersteren technischen vielleicht dieses letzteren Ausdruckes als eines untechnischen sich bedient. Sodann haben wir aber auch anzuerkennen, daß bei dem obigen XII-Tafelgesetze lediglich eine einseitige Verleihung des ius nexi und mancipii an Gesammtheiten in Frage steht, während das commercium in seiner ältesten Erscheinungsform, ebenso wie das conubium in Wahrheit immer nur als zweiseitiger Austausch der bezüglichen Rechtsfähigkeit zwischen zwei Gesammtheiten zu Tage tritt,[3]) alle anderen Erscheinungsformen aber erst einer späteren Zeit angehören (Thl. II. §. 21). Und endlich haben wir auch, welche Beziehung immer auch wir dem ius nexi mancipiique geben, demselben eine weitergreifende Bedeutung und namentlich eine Beziehung auch zur civilen Klage beizumessen (Thl. II. §. 61), welche dem commercium völlig fremd ist (Beil. XII. §. XI sq.).

Demgemäß messen wir daher der Verleihung des ius nexi mancipiique an die forcti und sanates eine andere Bedeutung bei, als einer Ertheilung des römischen commercium: das obige Gesetz stellt vielmehr zunächst einzig und allein die das nexum und man-

3) Darauf weist auch die Wortbildung selbst von commercium, ebenso wie von conubium hin: beide betreffen absolut zweiseitige Verhältnisse der Individuen, welche als einseitige schlechterdings nicht denkbar sind. Daher bedurfte diese Zweiseitigkeit als selbstverständlich keines besonderen Ausdruckes, wie denn auch solcher mangelt in Worten wie mercatus, mercimonium, u. nuptiae, matrimonium. Wenn man nun dennoch in commercium und conubium durch das cum eine Zweiseitigkeit hervorhob, so scheint hierfür die obige Beziehung: die Zweiseitigkeit des Verhältnisses im großen Ganzen zwischen den beiden betreffenden Völkern selbst als maaßgebend aufgefaßt werden zu müssen

cipium betreffenden Partieen des römischen Rechtes als maaßgebende und bestimmende Norm für die forcti und sanates im Verkehre zwischen diesen selbst fest, wogegen eine Verleihung des römischen commercium in jener Disposition an sich nicht liegt, vielmehr lediglich implicite darin gefunden werden kann.

## §. IV.

Indem wir hiernächst zur sachlichen Beziehung und Verwendung der Begriffe forcti und sanates im obigen Gesetze übergehen, so verdienen vor Allem Beachtung die vo[illegible] Alten selbst gegebenen Erklärungen, deren wir in der S[illegible] des Festus drei zu unterscheiden vermögen:

1. Des [Servius] Sulpicius [Rufus] und [Aurelius] Opilius p. 321. Z. 10 — 16., welche dem Gesetze eine Beziehung auf die Völker infra und supra Romam geben und als Beispiel dafür die Tiburtes anführen;

2. Des [L.] Cincius [Alimentus] p. 321. Z. 20 — 30., welcher in lib. 2. de Offic. Iurisconsulti das Gesetz auf die Prisci Latini bezieht;

3. Des Valerius [Messala] p. 321. Z. 30 — p. 322. Z. 6., welcher unter den forcti und sanates: duae gentes finitimae versteht.[4])

Diese Erklärungen der Alten selbst vermögen indeß in keiner Weise unser Urtheil zu bestimmen und zu binden, weil einestheils dieselben zu fragmentarisch uns überliefert sind, als daß wir deren Sinn mit der erforderlichen Sicherheit zu bestimmen vermöchten, anderntheils aber auch der Dissens der Genannten selbst über die sachliche und historische Beziehung jenes Gesetzes beweist, daß eine allgemein anerkannte und gewissermaßen wissenschaftlich authentische Interpretation des Gesetzes nicht gegeben, noch auch die staatsrechtlichen Verhältnisse Roms zur Zeit der XII Tafeln in den späteren Jahrhunderten so wohl gekannt waren, daß die historischen Beziehungen des Gesetzes sofort und ohne Bedenken sich ergeben hätten, unter solchen Umständen aber die Freiheit unseres eigenen Urtheiles um so weniger beeinträchtigt wird, als wir selbst

4) Mit dieser Annahme ist möglicher Weise auch eine besondere Ansicht über die sprachliche Bedeutung der beiden Ausdrücke verbunden gewesen, insofern nämlich dieselben als nomina propria aufgefaßt sein könnten.

bekanntlich eine weit richtigere und sichere Einsicht in die Verhältnisse von Staat und Staatsverfassung der ersten Republik uns beimessen dürfen, als solche den Gelehrten Roms zur Zeit der ausgehenden Republik und des Kaiserreiches beiwohnte.

Unter solchen Umständen vermögen wir daher nicht, den angegebenen Erklärungen die Macht einer bindenden Autorität für uns beizumessen, vielmehr dürfen wir bei Darlegung der sachlichen Beziehungen des obigen Gesetzes für unser eigenes Urtheil volle Freiheit in Anspruch nehmen, ohne daß wir jedoch dabei jene Erklärungen selbst unberücksichtigt zu lassen gemeint wären, indem wir vielmehr in [illegible] die Ansichten des Serv. Sulpicius und Valerius Messala als unrichtig verwerfen, dagegen in §. VI. zu dem Urtheile gelangen werden, daß die Interpretation des L. Cincius der Wahrheit entsprochen haben kann.

## §. V.

Das Resultat der in §. III. gegebenen Erörterung der sprachlichen Bedeutung der Worte sanas u. forctus, sowie das negative Zeugniß unserer gesammten Alterthumskunde berechtigen uns zu der Annahme, daß wir jene beiden Ausdrücke nicht als individuelle Bezeichnung zweier Völker, vielmehr als qualitative Bezeichnung zweier Classen von Völkern zu verstehen haben. Indem wir daher auf Grund dieser These die in §. IV. unter 3. vorgetragene Ansicht des Valerius Messala als unhaltbar verwerfen, so gewinnen wir nun aus dem in Frage stehenden Gesetze noch folgende Momente, die unser Urtheil leiten und bestimmen müssen:

a. Die sanates und forcti wohnten supra infraque Romam, somit nordwärts und südwärts von Rom; dies ergiebt, daß unter den Genannten weder eine in Rom seßhafte Bevölkerung, noch ein außeritalisches oder überhaupt nur weit entfernt vom ager Romanus wohnendes Volk verstanden werden kann;

b. den sanates und forcti wird das römische ius nexi mancipiique verliehen; dies ergiebt, daß die Genannten nicht römische Bürger waren und daß somit unter ihnen auch nicht die coloni in den coloniae civium Romanorum z. B. Ostia verstanden werden dürfen, da diese solches Recht bereits als wesentlichen Bestandtheil der Civität hatten;

c. den sanates und forcti wird durch römisches Gesetz das

römische ius nexi mancipiique verliehen; dies schließt von Jenen aus die sämmtlichen souveränen Staaten: die liberi populi, insbesondere aber die foederati und namentlich auch die coloniae latinae. Denn die Vorschrift von Gesetzen und Rechtsnormen Seiten Roms konnte, wie die Beilegung der römischen Civität nach italischem Staatsrechte von Alters nicht ohne Einwilligung und legislative Genehmigung der liberi populi selbst erfolgen,[5]) während bezüglich der coloniae latinae insbesondere insofern das Gleiche gilt, als, nachdem deren Staatswesen durch die formula einmal geordnet war, dieselben theoretisch und im 4. Jahrhundert auch factisch den liberi populi gleichstanden. [illegible]

Mit diesen letzteren Sätzen stimmen aber auch die Annalen Rom's überein, indem das Verhältniß Rom's zu allen in seiner Nachbarschaft seßhaften freien Völkern, mit denen es bis zur Abfassung unseres Gesetzes im J. 303 in Berührung kam, der Art ist, daß eine Unterordnung dieser Völkerschaften, wie einzelner ihrer civitates, unter Roms legislative Hoheit in keiner Weise denkbar erscheint:[6]) auf dem rechten Tiberufer bildet Veii die Vormauer Etruriens, die nach heißem und gefahrvollem Kampfe erst im J. 358 fällt, nachdem im J. 317 der Krieg nach siebenunddreißigjährigem Waffenstillstande wieder eröffnet worden war. Die Aequer und Sabiner erscheinen bis zum Schluß des 3. Jahrh. im Kampfe mit Rom, zur Zeit der XII Tafeln aber in Frieden mit demselben, und dabei vollkommen unabhängig und selbstständig neben Jenem. Die civitates der Latiner, mit Einschluß der Rutuler, bis zum Sturze des römischen Königthumes vornämlich durch Tarquinius Superbus in ihrer Unabhängigkeit bedroht und theilweise sogar von Rom unterworfen, erlangen im J. 261 das cassianische foedus, welches, volle Parität mit Rom ihnen zugestehend, bis gegen das Ende des 4. Jahrh. unverrückte Grundlage der völkerrechtlichen Stellung der gesammten latin. civitates zu Rom geblieben ist und, wie vielfach immer in der letzteren Zeit von Rom verletzt, doch die Möglichkeit ausschließt, als habe Rom bis dahin die rechtlichen Verhältnisse der Angehörigen dieser civitates durch seine Legislation zu regeln versucht. Diesem cassianischen

---

5) Vergl. z. B. Cic. p. Balb. c. 8. 9.

6) Zum Nachstehenden kann verglichen werden Bröcker, Untersuchungen p. 404 sq. Schwegler, röm. Gesch. II. p. 691. ff. III. p. 181. ff.

Bündnisse treten aber im. J. 268 die Herniker als gleichberechtigtes drittes Glied bei und es bleibt dasselbe bezüglich ihrer bis zum J. 448 ununterbrochen in Kraft und Gültigkeit. Endlich die Volsker, von Alters her von Rom, wie von Latium bekriegt, und vor dem J. 261 durch Anlegung römischer, wie lateinischer Colonien[7]) theilweise unterworfen, werden, insoweit sie von beiden Staaten colonisirt und somit unterthänig sind, in das foedus von 261 als gleichberechtigte und souveräne Bundesglieder mit aufgenommen, mitunter auch durch Deduction gemeinschaftlich von Rom und Latium ausgeführter Colonieen (sogen. coloniae latinae) verstärkt und dem Bunde gesichert,[8]) so daß demnach diese Colonieen souveräne Staatswesen repräsentiren, welche sich selbst regieren, nicht aber von Rom Anordnungen und Vorschriften empfangen. Dagegen die unabhängigen Volsker erscheinen in gleicher Weise unabhängig von der Legislation Roms, vielmehr zu Ausgang des dritten, wie zu Beginn des 4. Jahrh. im Kriege mit Jenem.

Alle diese Momente werden historisch unterstützen das für die völkerrechtlichen Verhältnisse des angehenden vierten Jahrhunderts ausnahmslos maaßgebende Dogma, daß Rom durch seine Legislation die rechtliche Stellung der civitates liberae, wie der deren potestas Unterworfenen nicht ordnen konnte, und daß somit die

---

7) Coloniae civium Romanorum des Tarquinius Superbus sind z. B. Signia und Circeii (Liv. I, 56. Dionys. IV, 63.); sodann wiederum Signia im J. 259. (Liv. II, 21, 7.) und Velitrae im J. 260. (Liv. II, 31. Dionys. VII, 13.) deducirt; colonia Latinorum sind Cora und wohl auch Norba; vergl. Bormann, altlat. Chorogr. p. 27. sq.

8) So erscheinen als Bundesglieder im foedus von 261. die in not. 7. genannten Velitrae, Circeii, Cora und Norba, was ein Beweis ist, daß diese als selbstständige und souveräne Staaten anerkannt wurden und von ihrer früheren Unterordnung unter die betr. Mutterstadt vollkommen emancipirt waren. Dagegen fehlt Signia in jenem foedus, woraus zu schließen ist, daß dasselbe im J. 261. in der Gewalt der Volsker sich befand, denen es wohl nicht vor der Mitte des 4. Jahrh. von den Römern entrissen ward. Jedenfalls verlor Rom im J. 245. alle seine volskischen Colonieen, gewann solche bis 261 nur theilweis wieder, verlor sie in diesem Jahre in Folge des foedus anderweit und begann nun erst in der 2. Hälfte des 4. Jahrh. wieder, im Volskerlande coloniae civium anzulegen, was eine der Hauptursachen des latinischen Krieges im J. 378 bilden mochte. Die einzige Separatbesitzung im Volskerlande während jener früheren Zeit bildete vielleicht die Mark von Suessa Pometia, welches jedoch nie colonia civium war.

dem fraglichen Gesetze nach §. IV. von Servius Sulpicius und Aurelius Opilius beigemessene Beziehung unrichtig ist, weil sie das beim cassianischen foedus betheiligte Tibur als Beispiel der von jenem Gesetze Betroffenen hinstellt.

§. III.

Die in §. V. unter 1—3. aufgestellten Positionen ergeben zunächst lediglich ein negatives Resultat, indem sie feststellen, daß dem in Betracht befangenen Gesetze eine Beziehung nicht zu geben sei weder auf römische Bürger im Allgemeinen und Colonen einer colonia civium insbesondere, noch auf eine zu Rom seßhafte Bevölkerung von Nichtbürgern, noch auf liberi populi im Allgemeinen und foederatae civitates mit Einschluß der coloniae latinae insbesondere. Dieses Resultat ist jedoch wichtig, weil es zu einer positiven Bestimmung der forcti und sanates mit vollster Sicherheit hinführt: denn nach Ausschluß der genannten Classen von staatsrechtlich qualificirten Gesammtheiten verbleibt in der That nur noch eine einzige Classe solcher Individuen in Betracht: die dediticii in dem von uns in Thl. II. §. 40. festgestellten Sinne.

Wenn wir nun die staatsrechtliche Stellung, welche wir von der mittleren Königszeit an bis herab zur Zeit der XII Tafeln den dediticii beizumessen haben, in Thl. II. §. 41. dahin bestimmten, daß die Letzteren persönlich frei und und unabhängig waren, dabei aber entweder einer in ihre Vaterstadt deducirten colonia römischer Bürger untergeordnet waren, oder ein eigenes, wenn auch unselbstständiges Gemeinwesen bildeten, welches entweder als forum oder conciliabulum der Stadt Rom, oder als praesidium einem römischen Präfecten untergeben war; wenn wir ferner in Thl. II. §. 42. die inneren Gründe darlegten, welche dafür sprachen, daß gerade römisches Recht den dediticii zuertheilt ward; so haben wir gegenwärtig vor Allem noch eine Prüfung anzustellen, in wiefern die historischen und politischen Verhältnisse des angehenden 4. Jahrhunderts die von uns gegebene Beziehung des fraglichen Gesetzes unterstützen, und sodann die weitere Frage zu beantworten, ob jenes Gesetz in der von uns ihm gegebenen Deutung mit der Tendenz und dem gesammten Plane und Systeme der XII Tafeln vereinbar erscheint.

Die politische Situation der zweiten Hälfte des dritten und

des angehenden vierten Jahrh. läßt uns Rom im Bunde mit den Latinern und Hernikern erscheinen. Dieser Bund im Jahre 261 durch den Consul Sp. Cassius mit den Latinern geschlossen und im J. 268 durch den Hinzutritt der Herniker erweitert, hat unter Anderem auch die Bedeutung eines Offensiv- und Defensivbündnisses: Etrusker, Sabiner, Römer, Latiner, Aequer, Herniker und Volsker sind es, die von Alters her in nimmer rastendem Kampfe einander befehden und die, je nach dem augenblicklichen Interesse, in verschiedenfältiger Combination sich verbünden, wie andrerseits die Waffen mit einander kreuzen. Nach dem J. 268 wird nun in diesem bunten Getümmel die Constellation der verschiedenen Völker für lange Zeit fest und bestimmt fixirt: die Etrusker treten im J. 280, wo Veii einen vierzigjährigen Waffenstillstand mit Rom schließt, von dem Kampfplatze ab, auf welchem sie erst im J. 317 wieder erscheinen. Dagegen die Römer, Latiner und Herniker nehmen nun gemeinsam den Kampf gegen die Sabiner, Aequer und Volsker auf — ein Kampf in welchem Rom erstarkt und zu gewaltiger Uebermacht heranwächst, und der im 5. Jahrh. d. St. mit der Unterwerfung der Feinde, wie der Verbündeten Roms unter dessen Hoheit endet.

Fragen wir nun nach der Ausdehnung des Gebietes, welches Rom während jenes Zeitraumes inne hatte, so erkennen wir, wie die sämmtlichen, höchst bedeutenden Eroberungen des Tarquinius Superbus, wie solche theilweis noch im 1. foedus mit Carthago mit Sicherheit sich erkennen lassen, theils in dem Kriege mit Porsenna, theils in den nachfolgenden Kriegen mit den Sabinern, Aequern, Volskern und Latinern verloren gegangen waren, ja daß selbst Tellenae, eine Erwerbung des Ancus Marcius, wie Corniculum und Nomentum, zwei Eroberungen des Tarquinius Priscus, ihre Souveränität wieder gewonnen hatten. Durch das cassianische foedus von 261. ward nun diesen Verhältnissen eine rechtliche Gewähr ertheilt: Corniculum[9]) und Nomentum, Circeii, Ardea,

---

9) Statt Corniculum nennt Dionys. die Κόρνοι, unter denen Niebuhr, röm. Gesch. II. p. 19. not. 21. und Bormann, altlat. Chorogr. p. 90. Corniculum anerkennen; und gewiß mit Recht; denn da Corniculum nur Klein-Cornia ist, wie Tusculum Klein-Tuscia, so konnte Dionys statt Κορνικολανοί recht wohl Κόρνοι sagen, ja vielleicht legten die Corniculaner selbst die letztere Bezeichnung sich bei. Was dagegen die Situation betrifft, so sind

Tarracina, Lavinium, Velitrae und selbst das äquische Corbio erscheinen ebenso, wie manche andere Erwerbung des Königthumes oder der Republik als Bundesglieder im lateinischen foedus und als Gleichberechtigte gegenüber ihrem alten Herren: Rom verzichtete durch jenes Bündniß auf alle diese Erwerbungen.

Aus jener Sachlage ergiebt sich zugleich der Umfang des römischen Gebietes, wie die chorographische Situation, und damit auch die Stellung, welche Rom in dem mittelitalischen Völkerkampfe von dem Jahre 280 bis in die ersten Jahre des 4. Säculum einnimmt: es umfaßt während dieses Zeitraumes das römische Territorium im Norden zunächst das benachbarte, diesseits des Anio gelegene Antemnae; jenseits des Anio: Fidenae, Ficulea, Crustumerium, Ameriola, Medullia und Cameria, insgesammt Städte, welche auf einem ursprünglich wohl sabinischen Gebiete belegen, von Alba Longa colonisirt, von den Römern aber bereits während der Königszeit unterworfen sind. Somit lief die römisch-sabinische Gränze von dem Tiber westwärts zwischen Eretum, der letzten sabinischen Gränzstadt [10]) südlich, und Crustumerium, Medullia und Cameria nördlich, die Marken des freien latinischen Nomentum und Corniculum umschließend, nach den äquischen Gebirgen hin, hier eine Berührung des äquischen und römischen Gebietes vermittelnd. Dagegen nach W. und S. hin erstreckt sich das römische Gebiet über die Marken von Caenina, Collatia, Apiolae, Politorium, Ficana und Ostia, allenthalben begränzt von verbündeten freien latinischen civitates.

In dieser höchst günstigen und gedeckten Lage erscheint daher Rom zunächst lediglich im Norden seines Gebietes den Angriffen der Sabiner und Aequer ausgesetzt. Allein bereits in früherer Zeit sind die Aequer von ihren Bergen aus südwärts vorgedrungen,

---

Corniculum und Nomentum Nachbarstädte, welche latinische Enclaven zwischen römischem und sabinischem Gebiete bilden, daher eine weit höhere Wahrscheinlichkeit dafür spricht, daß Beide zusammen, als daß Nomentum allein seine Souveränität wieder gewinnen und behaupten konnte. Daß endlich die Zerstörung Corniculums durch Tarquin. Priscus berichtet wird, erregt kein Bedenken: ich habe in Thl. II. not. 334. darauf hingewiesen, wie solche Nachrichten zu verstehen seien, und in der That wird auch Corniculum noch später erwähnt.

10) Vergl. namentlich Liv. III, 26, 2. 29, 7. 38, 3. 42, 3. Dionys. V, 45. X, 26. XI, 3. u. ö.; auch Abeken, Mittelital. p. 58.

zwischen den Latinern und Hernikern festen Fuß fassend, und haben, indem sie Bola einnehmen, eine feste Verbindung mit den ecetranischen Volskern gewonnen.[11]) Von hier aus nun sind beide Völker gemeinsam südwestwärts in die alte Mark von Alba Longa vorgedrungen, haben hier auf dem Algidus sich festgesetzt, die Castelle Corbio, Ortona, Vitellia[12]) und Algidum eingenommen und bedrohen nun durch diese sehr feste, vorgeschobene, im Herzen Latiums selbst befindliche Stellung das gesammte Latium, wie Rom selbst und dessen cisanienfische Mark.

Innerhalb jenes Territorium Roms, wie wir solches im Obigen abgränzten, finden wir nun eine zahlreiche freie Bevölkerung, die, aus alten Einwohnern bestehend, in einem politischen Unterthänigkeitsverhältnisse zu Rom sich befindet und theils den gehorchenden und untergebenen Stand in den Colonieen, theils die Bevölkerung der praesidia, wie der fora und conciliabula bildet: als praesidium kann vielleicht immer noch Collatia gelten (s. Thl. II. not. 324); Colonieen sind nur noch Fidenae, der Brückenkopf gegen Veii und Etrurien, und Ostia, der Hafen Roms, während alle übrigen Orte conciliabula und fora Roms bilden:[13]) so Ficulea, Ameriola, Ficana, Politorium, denen zu keiner Zeit eine andere Stellung beigelegt wird; so ferner die romulischen Colonieen Cameria und Antemnae, die erst im J. 252 ihren Character als Colonieen verlieren und geschleift werden (Dionys. V, 2. 40. 49. 51. Zonar. VII, 14. p. 50. Bonn.); nicht minder Crustumerium, ebenfalls Colonie des Romulus, das noch unter

11) Daß während der Kriege von 268 an die feindlichen Gebiete der Latiner und Herniker, und der Aequer und Volsker sich kreuzen, hat bereits Wachsmuth, röm. Gesch. p. 388. not. 5. bemerkt; die Verbindung zwischen Latium und dem Hernikerlande vermitteln Praeneste und Toleria, zwischen dem Letzteren und den Eroberungen an der volskischen Küste die Colonieen Signia, Cora und Norba. Bola dagegen vermittelt, wie bemerkt, die Verbindung zwischen den Aequern und Volskern, sowie zwischen der Stellung auf dem Algidus und den nördlichen volskischen Besitzungen.

12) Spruner, im Altlas antiqu. versetzt Vitellia in das Aequergebirge; allein, wie zweifelhaft immer die Lage dieses Ortes ist (vergl. Bormann, altlat. Chorogr. p. 25. not. 58.), so ist doch auf Grund der Schilderung des Kriegszuges vom C. Marcius bei Liv. II, 39. nicht zu bezweifeln, daß es am Algidus lg.

13) Als conciliabula u. fora Roms werden für das Jahr 365 Fidenae, Ficulea et finitimi alii bezeichnet von Varro, L. L. VI, 3. s. Thl. II. §. 43.

Tarquinius Priscus als Colonie genannt wird (Dionys. III, 49. vergl. VI, 34. Liv. I, 38.); endlich Caenina und Medullia, die ebenfalls als Colonieen des Romulus bezeichnet werden. Erwägen wir nun, wie diese alte, dem populus Romanus unterthänige Bevölkerung zum Theil geneigt war zu Rebellion und Abfall zu dem herannahenden Feinde Roms,[14]) wozu bei deren untergeordneter Lage, bei ihrer vom politischen Verkehre ganz ausschließenden und im bürgerlichen Leben sehr zurücksetzenden Stellung, bei der Stammverwandtschaft endlich, welche zwischen einem Theile Jener und den Feinden Roms statt hatte, allerdings Grund genug sich bieten mußte, so werden wir anerkennen, daß bezüglich dieser Classe der Bevölkerung einestheils ein Abfall zum Feinde und eine Rückkehr, oder vielmehr ein Zurückgeführt-Werden zur Treue, anderntheils aber auch ein treues Festhalten an Rom ganz nahe liegt, und daß wir demnach volles Recht haben, die forcti und sanates, welche supra infraque Romam ihre Wohnsitze hatten auf dem obbegränzten römischen Territorium zu suchen, um deßwillen nämlich, weil es in Wahrheit auf dem römischen Territorium eine Classe der Bevölkerung giebt, welche, dediticii im staatsrechtlichen Sinne, um ihres politischen Verhaltens willen mit Recht als forcti u. sanates sich prädiciren lassen.

Fassen wir endlich hierbei noch ins Auge, daß fast jene ganze Bevölkerung theils durch ihre Abstammung, theils durch Colonisation von Alba Longa aus den Prisci Latini sich überweisen ließ, so gewinnen wir hiermit auch für die Möglichkeit Raum, daß bereits L. Cincius Alimentus unsere eigene Ansicht ausgesprochen habe, indem er die forcti und sanates in eine Beziehung zu den Prisci Latini setzte (s. §. IV.).

---

14) Fidenae z. B. rebellirte bis zum J. 329 sieben Mal (Liv. IV, 32, 5.) nämlich: 1. unter Tullus Hostilius: Liv. I, 27. Dionys. III, 22—25. 31. — 2. unter Ancus Marcius: Dionys. III, 39. 40. Zonar. VII, 7. — 3. unter Tarquin. Prisc.: Dionys. III, 58. — 4. im J. 250: Dionys. V, 40. 43. — 5. um das J. 256: Dionys. V, 52. Liv. II, 19. — 6. im Jahre 316. Liv. IV, 17., Fast. triumph., wozu vergl. Liv. IV, 22. 30. — endlich 7. im J. 328.: Liv. IV, 31., womit zu verbinden Eutrop. I, 18. Valer. Max. IX, 9, 3. Plin. H. N. XXXIV, 6. Diod. XII, 80. u. a. m. — Daß Livius sieben Aufstände Veii's nennt, ohne gleichwohl solche im Einzelnen zu berichten, und daß andrerseits aus den Quellen gerade diese Zahl sich ergiebt, ist ein Umstand, der immerhin beachtenswerth erscheint.

## §. VII.

Ziehen wir sodann die Stellung in Betracht, welche das in Frage stehende Gesetz bei der demselben von uns beigemessenen Deutung gegenüber dem Plane und Systeme der XII Tafeln einnimmt, so glauben wir den Satz aussprechen zu dürfen, daß jenes Gesetz nicht allein mit den Tendenzen der XII Tafeln vollkommen harmonirt, sondern sogar durch diese geradezu geboten erscheint.

Vergegenwärtigen wir uns nämlich, daß die XII Tafeln in privatrechtlicher Beziehung als das Grundgesetz des röm. Volkes zu gelten haben; daß sodann dieselben nicht allein die Bestimmung darüber enthielten, was überhaupt als Recht zu gelten habe, sondern gleichzeitig auch die Festsetzungen über die Rechtsfähigkeit der einzelnen Classen von Personen enthielten und demgemäß, während bezüglich der Patricier volle Rechtsfähigkeit vorausgesetzt, die Rechtsfähigkeit der plebejischen cives durch Entziehung des connubium beschränkt war; daß endlich die XII Tafeln nicht bloß ein ius civile im eigentlichen Sinne enthielten, sondern auch die Rechtsverhältnisse der staatsangehörigen Nicht-cives ordneten, wie das Gesetz: patronus si clienti fraudem faxit, sacer esto beweist; so werden alle diese Momente zu der Annahme hinleiten, daß die XII Tafeln auch die rechtliche Stellung derjenigen dediticii in Betracht ziehen und festsetzen müssen, welche in der in Thl. II. §. 42. dargestellten Lage sich befanden.

Wenn daher diese Rücksicht uns berechtigt, in den XII Tafeln eine Bestimmung über die rechtliche Stellung solcher dediticii zu suchen, so erscheint es hierdurch auch gerechtfertigt, in dem Gesetze über die forcti und sanates jene vorausgesetzte Bestimmung zu erblicken. Daß aber hierbei die sanates den forcti vollkommen gleichgestellt sind, dürfte bedingt sein durch die historischen Verhältnisse und Ereignisse, welche den Jahren 303 und 304 vorausgingen: innerer Zwiespalt der Stände, Pest, äußere Bedrängniß, Unglücksfälle im Krieg, alle diese Umstände hatten beigetragen, gerade zu diesem Zeitpunkte die Kraft des römischen Volkes zu lähmen und seine Macht zu erschüttern. So bedroht von äußeren, wie inneren Gefahren, mußte daher die staatsmännische Weisheit gebieten, daß ebensowohl den dediticii eine erträgliche Stellung rechtlich garantirt, wie auch bei diesen Bestimmungen

der vom Abfalle zur Treue Zurückgekehrte nicht schlechter gestellt und so zu neuem Verrathe gereizt gemacht werde.

§. VIII.

Wenn die in §. VI. u. VII. dargelegten Umstände die Richtigkeit der Beziehung unterstützen, welche wir dem in Frage stehenden Gesetze gegeben haben, so gewinnen wir weitere adminiculirende Momente namentlich dadurch, daß wir einestheils der römischen plebs von Zeit ihrer Entstehung unter Ancus Marcius an bis herab auf die lex Canuleia von 307 in Bezug auf deren Theilnahme am römischen Privatrechte eine Stellung beizumessen haben, welche ursprünglich der der forcti und sanates der XII Tafeln vollkommen gleich, und selbst nach dem späteren Gange der Entwicklung wenigstens noch ähnlich ist; und daß wir sodann auch seit dem J. 486 coloniae latinae in einem im Wesentlichen gleichen Verhältnisse gegenüber dem civilen römischen Privatrechte erblicken. Da wir indeß alle diese Punkte theils in Thl. II. §. 42, theils in §. 46 bereits behandelt haben, so genügt es hier darauf hinzuweisen, wie durch diese Thatsachen unsere obige Auffassung des fraglichen Gesetzes in Wahrheit unterstützt wird. Denn erscheint die bezügliche Stellung der forcti und sanates im Wesentlichen gleichartig mit der vorausgehenden der plebs und der nachfolgenden der jüngsten coloniae latinae, so ist dies bei der bekannten Oeconomie Roms mit staatsrechtlichen Systemen, Satzungen und Instituten insofern von Bedeutung, als wir diesfalls berechtigt sind, in jener Ordnung der Verhältnisse der forcti und sanates nur eine Nachbildung nach der Stellung der plebs, wie ein Vorbild für die Stellung der späteren dediticii und insbesondere der jüngsten coloniae latinae zu erblicken. Andrerseits erwarten wir auch nicht nach der in Thl. II. §. 60 von uns gegebenen Erörterung einen Einwurf gegen die Richtigkeit unserer obigen Auffassung aus der Stellung der dediticii der lex Aelia Sentia hergeleitet zu sehen.

Nach Alle dem können wir aber als Gesammtresultat unserer Untersuchung feststellen, daß zunächst der Ausdruck forcti u. sanates eine nach dem politischen Verhalten gewählte qualitative Bezeichnung der dediticii war, und daß sodann die XII Tafeln diesen dediticii das ius nexi mancipiique, d. i. das die Vermögensver-

hältnisse unter Lebenden betreffende civile Privatrecht als ordnende Norm für deren entsprechende Lebensverhältnisse verlieh.[15])

Die sachliche Bedeutung solcher Verleihung haben wir aber dahin zu bestimmen, daß dieselbe die Fähigkeit zur Vornahme derjenigen Rechtsgeschäfte enthielt, welche den Begriffen des nexum und mancipium sich unterordneten und daß hiermit zugleich auch die Fähigkeit zur Uebernahme der civilen Klagen Hand in Hand ging (Thl. II. §. 61.). Immerhin aber erhob solche Verleihung das ius nexi mancipiique an und für sich nur zur ordnenden Norm für den rechtlichen Verkehr zwischen den Beliehenen selbst, nicht aber zwischen diesen und den römischen Bürgern, insofern für den letzteren Verkehr noch das römische commercium erfordert werden muß. Allein dennoch haben wir dieses letztere Postulat für ein lediglich theoretisches zu erklären, indem die Römer selbst in der Verleihung des ius nexi mancipiique zugleich auch das commercium, wie die Fähigkeit zum Prozesse mit römischen Bürgern implicite inbegreifen mochten. Demnach verlieh daher das obige Gesetz in und mit dem ius nexi mancipiique zugleich das demselben entsprechende römische commercium und die römische actio in der Weise, daß auch zwischen den Beliehenen und römischen Bürgern civile Rechtsgeschäfte und Klagen statthaft waren (Thl. II. §. 63.).

---

## Beilage XVI.

### Ueber die Collision der Rechte nach römischen Rechtsgrundsätzen.

---

§. I.

Die Untersuchungen über die Collision der Rechte im classischen römischen Alterthume haben bis jetzt zu einem genügenden Resultate nicht geführt, und dies dürfte auch von der neuesten diesem Thema gewidmeten Darstellung von Savigny, System VIII. §. 344 sq. zu gelten haben. Wenn es daher die Aufgabe

---

15) Vergl. jetzt auch Schwegler, röm. Gesch. III. p. 5.

der gegenwärtigen Specialuntersuchung ist, jene wichtige Lehre ihrer Erledigung näher zu führen, andrerseits aber sich gar nicht verkennen läßt, daß die bedeutendsten Schwierigkeiten der Forschung auf diesem Gebiete entgegentreten, so läßt dieser Umstand es rathsam erscheinen, vor Allem die Punkte festzustellen, in denen in jener Untersuchung unseres vielbewährten Meisters die Divergenz von der Wahrheit beginnt. Denn indem wir diese Hauptirrthumspunkte in Kürze uns vergegenwärtigen, so wird hiermit schon ein wesentlicher Fortschritt zum Endziele des Wahren gewonnen werden, weil hierdurch zugleich die Gesichtspunkte sich fixiren, welche die Betrachtung scharf in das Auge zu fassen hat.

Als Mißgriffe Savigny's in dieser Lehre erlaube ich mir aber folgende fünf Punkte zu bezeichnen:

1. Bei der Betrachtung der Collision der Rechte faßt Savigny als maaßgebend die Verbindung des Rechtes mit dem Rechtsverhältnisse ins Auge (§. 344) oder, was dem gleichgestellt ist, die Verbindung des Rechtes mit der Person (§. 345). Diese letztere Gleichstellung ist aber in der That als vollkommen angemessen anzuerkennen, da die Verbindung des Rechtes mit den Verhältnissen in Wahrheit keine andere ist, als die des Rechtes mit der Person: denn die Letztere ist ausschließlich, wie nothwendig Träger der Ersteren. Zwar läßt sich nun diese Beziehung des Rechtes zur Person vor Allem von Seiten des Rechtes und Gesetzes selbst aus ins Auge fassen, wo dann das Recht als bindende Macht: einerseits als Befugnisse gewährende, andrerseits als eine zu Verbindlichkeiten verpflichtende Potenz erscheint; allein diese Auffassung steht immer in wesentlicher Congruenz mit der anderen, welche jene Verbindung von Seiten der Person aus betrachtet und die Letztere als ein zur Theilnahme an dem Rechte qualificirtes, sei es zum Rechte befähigtes, sei es zur Rechtspflicht herbeigezogenes Subject anerkennt. Mit einem Worte: beidemal ist das Object der Anschauung identisch: Verbindung des Rechtes mit der Person, und verschieden ist nur der Standpunkt, von dem hierbei die Anschauung ausgeht. Hieraus aber folgt, daß die Lehre von der Beziehung des Rechtes zur Person, worauf die Lehre von der Collision der Rechte beruht, identisch ist mit der Lehre von der Rechtsfähigkeit, d. i. von der Beziehung der Person zum Rechte, und daß mit Unrecht Savigny die Lehre von der Herrschaft des

Rechtes über die Rechtsverhältnisse oder über die Personen (Bd. VIII.) ablöst von der Lehre über die Rechtsfähigkeit (Bd. II.), ja in §. 356 (p. 84) sogar die materielle Identität zwischen Beiden in Bezug auf historische Verhältnisse ausdrücklich negirt. Im Gegensatze hierzu werden wir vielmehr die Lehre von der Collision der Rechte ganz unmittelbar auf die Lehre von der Rechtsfähigkeit stützen, indem wir behaupten, daß dies Verfahren nicht allein für das classische Alterthum absolut nothwendig, sondern auch für das moderne Recht allein angemessen ist (vgl. Thl. II. §. 2.).

2. Sagt Savigny in §. 350, vgl. mit §. 356: „das Rechtsgebiet, dem eine Person angehört, ist ein örtliches oder territoriales." Dieser Satz aber ist wahr lediglich bezüglich desjenigen Rechtes, welches auf eine locale Beziehung der Person zu dem Territorium des Staates seine Herrschaft fundirt; unwahr dagegen bezüglich desjenigen Rechtes, welches seine Herrschaft auf eine subjective Qualität der Person stützt, wie das ius civile Romanorum auf die Civität oder auf commercium und dergl. Denn diesfalls ist es gleichgültig, wo das Rechtssubject verweilt, ob innerhalb oder außerhalb des Territorium des Staates, und ebenso gleichgültig, ob die des Rechtes nicht Theilhaften innerhalb jenes Territorium sich befinden; vielmehr bleibt dort die Herrschaft des Rechtes unbeirrt von jener territorialen Beziehung, während sie hier dadurch nicht begründet wird. Daher ist solchen Falls die Sphäre des Rechtes oder das Rechtsgebiet, dem die Person angehört, nicht eine örtliche oder territoriale, sondern eine persönliche oder nationale. Mit einem Worte: die Lehre von der Collision der Rechte ist unmittelbar zu fundiren auf die Lehre von der Modalität der Herrschaft des Rechtes über die Person, welche Lehre selbst wieder coincidirt mit der Lehre von der Rechtsfähigkeit des Subjectes (Thl. II. §. 2.).

3. Sagt Savigny in §. 351, vergl. mit §. 356: das Rechtsgebiet, dem eine Person angehört, ist nach römischer Verfassung ein Stadtgebiet. Dieser Satz birgt einen doppelten Fehler, bedingt dadurch, daß er einmal achronistisch ist, sodann aber auch den Verfassungsverhältnissen des römischen Reiches nicht entspricht. Denn in chronologischer Beziehung ist streng zu scheiden die Periode vor den leges de civitate von 664 ff., von hier an bis zur lex Antoniniana de civitate von 211 — 217, wie endlich die Zeit nach

diesem Gesetze. Dagegen in Bezug auf die Verfassung des römischen Reiches sind weitere Distinctionen schlechterdings nicht zu entbehren. Denn, was zunächst Italien betrifft, so sind vor den leges de civitate von 664 ff. zu scheiden theils Gemeinwesen mit römischer Civität, theils Gemeinwesen, die, ohne Civität zu haben, doch Rom unterthänig (in potestate populi Romani) sind, beiderseits daher integrirende Bestandtheile des römischen Staates bilden; theils endlich die liberae civitates, welche der Theorie nach souverän und, wenn auch thatsächlich in dieser Souveränität vielfach geschmälert, doch in Bezug auf das Privatrecht im Allgemeinen von Rom völlig unabhängig erscheinen (Thl. II. §. 37.). Dagegen nach jenen leges de civitate haben alle Communen Italiens die römische Civität. Andrerseits außerhalb Italien sind vor der lex Antoniniana de civitate von 211 — 217 zu scheiden: die unmittelbaren Communen: die liberae civitates, die mittelbaren Communen, welche Bestandtheile der römischen Provinzen sind, und die zwischen beiden Classen innestehenden municipia und coloniae mit römischer Civität oder Latinität. Da nun, sobald wir von römischen Municipien reden, die liberae civitates vor Caracalla gar nicht in Betracht kommen, vielmehr von dem hier maaßgebenden Gesichtspunkte aus den souveränen Staaten sich beiordnen (Thl. II. §. 101.); da ferner die Provinzialstädte im Allgemeinen nicht einem Municipalrechte, sondern dem ius provinciale unterliegen (Thl. II. §. 64.); da ferner in den dediticischen Communen Italiens vor dem J. 664 von einer Collision der Rechte kaum die Rede sein kann (s. §. IX.); so verbleiben der Betrachtung im Wesentlichen nur die Municipien mit Civität und Latinität. Und da bei diesen wiederum das ius civile Romanorum gilt (Thl. II. §. 98.), so kommen dieselben, insofern wir von den Privilegien, wie von den staatsrechtlichen Normen absehen und lediglich das Gebiet des Privatrechts in's Auge fassen, nur in Bezug auf ihre suppletorischen particularrechtlichen Rechtsnormen in Betracht, und dieser diminutive Punkt ist in der That nicht geeignet, unserer Lehre die erforderliche Flächenbasis zu geben, vielmehr kann diese lediglich durch Anknüpfung an das Staats- und Provinzialgemeinderecht gewonnen werden.

4. Behauptet Savigny §. 350. 355 sq., daß die Angehörigkeit einer Person an eine Stadtgemeinde gleichmäßig drei Wirkungen

zur Folge habe: Theilnahme an den städtischen Lasten, an dem städtischen Forum, an dem städtischen Rechte. Allein von einer Gleichstellung des Letzteren mit den ersteren Beiden ist in den Quellen keine Spur ersichtlich, und diese waltet auch in der That nicht ob. Denn die Pflichtigkeit zu den munera und die Competenz des communalen Forum: des forum originis oder domicilii beruht auf der Mitgliedschaft an dem Communalverbande, welche selbst durch Bürgerrecht (origo) oder durch domicilium begründet wird. Das Communalbürgerrecht vermittelt sonach wesentlich jene zwiefache Mitleidenheit und diese selbst beruht sonach auf subjectiver Qualität der Person, demnach auf dem Principe der personalen Herrschaft des Gesetzes (Thl. II. §. 3.). Dagegen die localen, supplementären Rechtsgewohnheiten stehen gerade in ihrer wichtigsten Bedeutung für das Leben, als Regulatoren nämlich des rechtlichen Verkehres auf dem Gebiete des Forderungs- wie Sachenrechtes jener personalen Beziehung ganz fern, indem sie vielmehr örtlich herrschen und somit dem Principe der localen Herrschaft des Gesetzes sich unterordnen (s. unten §. IX. in Verbindung mit §. VII.).

5. Birgt sich hinter jener Lehre, die als einheitliches Ganze unter der Benennung Collision der Gesetze oder ähnlich behandelt wird, ein zwiefacher, wesentlich verschiedener Sachverhalt, wie aus Folgendem sich ergiebt. Die Verbindung der Rechtssatzung mit der Person kann, mag das Recht selbst dem Principe der personalen oder der localen Herrschaft des Gesetzes sich unterordnen, auf mehrfachem Grunde beruhen, so z. B. im ersteren Falle auf dem der Civität, dem Patriciat, der Provinzialangehörigkeit u. dergl., im letzteren Falle auf dem Domicil, oder auf dem einfachen Verweilen, oder auf dem Besitze eines Immobile innerhalb des Territorii des Staates. Alle diese Modalitäten der Verknüpfung des Rechtes mit der Person sind an sich wesentlich verschieden, gleichwohl aber können sie innerhalb des Rechtes des nämlichen Staates neben einander vorkommen. Hiernach scheiden wir daher im römischen Rechte z. B. das ius provinciale und ius civile, und so auch kann, ja muß man innerhalb des modernen Privatrechtes ein Domicilrecht, ein Aufenthaltsrecht, ein Liegenheitsrecht u. dgl. scheiden. Zwischen diesen auf wesentlich verschiedenen Verknüpfungspunkten mit der Person beruhenden Rechtsgruppen wird

nun regelmäßig eine Gränzlinie sich vorfinden, welche bereits durch die allgemeinen Merkmale der verschiedenen Classen der Rechts-institute gegeben ist, so indem z. B. zu Rom das Erbrecht dem ius civile, das Pfandrecht dem ius gentium untergeordnet ist, und so auch im modernen Leben, wo das Grundeigenthum dem Liegenheitsrechte, das Delict dem Aufenthaltsrechte, die Tutel dem Domicilrechte anheimfällt. Indem nun hier die Rechtsnorm das Gebiet sich feststellt, innerhalb deren sie gilt und somit in sich selbst die Gränzbestimmung ihrer Herrschaft trägt, so kann hier allenthalben von einer Collision der Rechte gar nicht die Rede sein, weil die verschiedenen Sphären der Herrschaft der einzelnen Rechtspartieen lediglich sich berühren, ohne einander zu schneiden.

Wesentlich anders gestaltet sich das Verhältniß dann, wenn ein Individuum mehrere Anknüpfungspunkte, welche die Rechtsnormen mit der Person vereinigen, gleichzeitig in sich verwirklicht, und wenn die dadurch zur Herrschaft berufenen mehreren Rechte ein und dasselbe Rechtsverhältniß jenes nämlichen Subjectes in verschiedener Weise normiren. Hier findet in der That eine Collision der Rechte statt, die wiederum drei wesentlich verschiedene Collisionsfälle unter sich begreift. Denn zunächst wird solche Collision dadurch begründet, daß durch das Zusammentreffen verschiedener juristischer Beziehungen in einem und demselben Rechtsverhältnisse, somit lediglich durch die besondere Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses selbst zwei Rechtspartieen von einer an sich verschiedenen Qualität zur Herrschaft berufen werden, hierbei aber zwischen jenen beiden Rechtspartieen eine Verschiedenheit ihrer Satzungen zu Tage tritt, so wenn durch emtio venditio und durch mancipatio einer Sache als Evictionsklage zugleich die actio auctoritatis des ius civile und die actio emti des ius gentium begründet, oder durch Grunderwerb des Pupillen im Auslande derselbe zugleich dem inländischen Domicilrecht und einem widerstreitenden ausländischen Liegenheitsrechte unterworfen wird. Während hier nun in dem Rechtsverhältnisse an sich die Ursache der Collision liegt, so findet gleiche Collision fernerweit auch dann statt, wenn die mehreren in Einem Subjecte vereinigten Anknüpfungspunkte zwei Rechtspartieen von gleicher Qualität zur Herrschaft über das Individuum berufen, so z. B. wenn in Folge des Austausches von commercium zwischen Rom und dem nomen Latinum der Römer ebensowohl

des commercium des ius civile Laurentium Lavinatium theilhaft ist, wie auch auf Grund seiner Civität das commercium des ius civile Romanorum inne hat, während in gleicher Weise auch der Laurentiner das commercium zweier iura civilia in sich vereinigt; oder wenn ferner im modernen Leben Jemand ein doppeltes Domicil in den Territorien zweier verschiedener Staaten hat. Während hier daher in den persönlichen Beziehungen an sich des Individuum die Ursache der Collision der Rechte liegt, so findet endlich drittens gleiche Collision auch aus dem Grunde statt, weil die Principien selbst zweier Rechte in Bezug auf ihre Herrschaft über die Person verschieden sind. Und diese Collision kann wiederum theils positiv sich äußern, indem ein und dasselbe Rechtsverhältniß von zwei verschiedenen Rechten je deren Herrschaft unterworfen wird, z. B. wenn ein Provinzialrecht einen zwischen zwei cives Romani innerhalb der Provinz geschlossenen Vertrag seiner Competenz unterwirft, während das ius civile solchen Vertrag seiner Normirung unterzieht, oder wenn im modernen Leben über die Vermögensrechte zwischen Ehegatten das Recht des Aufenthaltes derselben die Competenz beansprucht, während deren Domicilrecht gleichen Anspruch erhebt; theils aber auch in negativer Weise, indem ein und dasselbe Rechtsverhältniß von dem einen Rechte dem andern zur Normirung überwiesen, von Letzterem aber diese Aufgabe abgelehnt wird, so wenn ein römisches Provinzialrecht das Zinsdarlehn dem localen Rechte zur Normirung überweist, das ius civile Romanorum aber seine Competenz über das zu Rom zwischen cives Romani und Peregrinen oder zwischen Letzteren allein geschlossene foenus in Abrede stellt, oder wenn ferner im modernen Leben das Recht des einen Staates die Vermögensverhältnisse zwischen Ehegatten dem Aufenthaltsrechte überweist, an dem Orte des Aufenthaltes derselben aber solche dem Domicilrechte untergeordnet werden.

Und wie wir nun anerkennen, daß in diesen Fällen theils um der Beschaffenheit des Rechtsverhältnisses, theils um der persönlichen Beziehungen des Individuum, theils um der principiellen Haltung der Rechte selbst willen eine wahre Collision der Rechte statt findet, so haben wir nun diesen Thatbestand als wesentlich verschieden anzuerkennen von jenem Obigen, wo lediglich ein friedliches Nebeneinanderbestehen verschiedener Prinzipien in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person statt hatte, daher in der

That beide Verhältnisse auch in der wissenschaftlichen Darstellung streng zu unterscheiden sind.

In jenen fünf Punkten nun beginnt die Abirrung von der Linie des Wahren, welche in der Lehre von der Collision der Rechte zu Tage tritt und in ihnen erkennen wir daher die Merkzeichen an, die den Gang unserer eigenen Erörterung bestimmen.

Demgemäß haben wir vor Allem festzustellen: welche Modalitäten der Verknüpfung der Rechtssatzung mit der Person das Alterthum anerkannte, d. h. also, welches zunächst die mehrfachen antiken Rechte sind, die überhaupt für uns in Betracht kommen, welchem Principe sodann dieselben in fundamentaler Weise sich unterordnen, ob dem Principe der personalen oder localen Herrschaft des Gesetzes, und welche Anknüpfungspunkte an die Person endlich unterhalb eines jeden dieser Principien anerkannt werden, somit in welchen Systemen jene Principien sich verwirklichen (§. II. — IX.). Hiermit gewinnen wir einen Ueberblick über die verschiedenen Principien und Systeme der Verknüpfung des Rechtes mit der Person in den verschiedenen Rechten innerhalb des römischen Reiches (§. X.) und können sodann die Fälle der Collision der Rechte und die Principien, nach denen solche Collision ihre Lösung erfuhr, im Einzelnen feststellen (§. X. — XIV.).

Endlich werden wir dabei noch in §. XIV. den Rechtsverkehr zwischen Römern und Peregrinen in seinen historischen Erscheinungsformen näher in's Auge fassen.

## §. II.

Die verschiedenen antiken Rechte, welche und wie sie vom Gesichtspunkte der Römer aus in Betracht kamen, sind folgende: das ius civile Romanorum, das römische ius provinciale, das ius civile der liberae civitates, das ius gentium und endlich das particuläre Municipalrecht.

Zunächst das ius civile Romanorum ordnet sich zu allen Zeiten und ausnahmelos dem Principe der personalen Herrschaft des Gesetzes unter; seinen Anknüpfungspunkt an die Person findet es in principaler Weise in der römischen Civität, dagegen in abgeleiteter Weise auch in einer von der Civität abgelösten und auf den Peregrinen übertragenen Rechtsfähigkeit, welche in der Kaiserzeit namentlich den Begriffen commercium und conubium sich

unterordnet (Thl. II. §. 91.), in der Zeit der Republik aber in noch anderer Weise sich darstellt (Thl. II. §. 16. und §. 61 sq.).

Sodann die iura civilia der liberae civitates ordnen sich in der hier fraglichen Beziehung denjenigen Principien unter, zu deren Annahme jede einzelne civitas in Folge der Entwickelung ihres Rechtslebens hingeführt worden war. Daher scheint hier eine Entscheidung der maaßgebenden Frage nicht in abstracto gegeben werden zu können, indem vielmehr für jede solche civitas in concreto das herrschende Princip besonders festzustellen sein würde. Dennoch läßt sich eine abstracte Bestimmung innerhalb gewisser Gränzen um deßwillen geben, weil in den liberae civitates von gleicher geographischer Lage die Entwickelung der Verkehrsverhältnisse im großen Ganzen den nämlichen Gang einschlug und gleichen Fortschritt beobachtete, diese gleichen Ursachen aber in der That gleiche Wirkungen zur Folge hatten. Dies gilt namentlich von den liberae civitates im Oriente: in allen diesen gewinnt die Entwickelung des Handels und Verkehres einen so großartigen Aufschwung und erreicht so ausgedehnte Dimensionen, daß hier allenthalben das System der nationalen Herrschaft des Rechtes als ungenügend sich erweist. Gleiche Erscheinung trat zu Rom selbst zu Tage und führte hier zur Bildung des ius gentium, in welchem das Princip der personalen Herrschaft des Rechtes zwar scheinbar beibehalten, aber auf eine universellere Qualität des Subjectes gestützt wurde. In den hellenistischen Staaten im Oriente dagegen gelangte man nicht zur Bildung eines privatrechtlichen ius gentium, vielmehr ließ man hier das System selbst der personalen Herrschaft des Rechtes insoweit fallen, als es den Verkehr belästigte, und adoptirte vielmehr ein gemischtes System, welches den Bedürfnissen jenes Verkehres zusagte (Beil. XIII. §. XIII.). Dieses gemischte System dürfte aber, was wenigstens den Orient betrifft, im Wesentlichen allenthalben sich vorgefunden haben.

Völlig verschieden gestaltet sich dagegen das Verhältniß in den liberae civitates in Italien vor den leges de civitate von 664 und folgende, indem diese, insoweit wenigstens, als sie auf italischer Stammnationalität beruhen, das nämliche Princip beobachten, wie dies von Rom bezüglich des ius civile Romanorum beschieht (Thl. II. §. 21.).

Die Provinzialrechte ferner fußen im Allgemeinen auf vor-

gefundenen Rechtszuständen und Rechtsnormen (Thl. II. §. 49.). Im Orient haben wir daher die nämlichen Principien zu suchen, wie in den Rechten der dortigen liberae civitates. Im Occidente dagegen werden, was den industriellen und commerciellen Verkehr betrifft, fast überall erst von Rom selbst die Zustände und Verhältnisse in's Dasein gerufen, welche den betreffenden Rechtsnormen als thatsächliche Voraussetzungen dienen. Indem sonach gerade auf demjenigen Rechtsgebiete, welches im Oriente Veranlassung bot zur Bildung eines gemischten Systemes, in dem Occidente von Rom Verhältnisse, wie Normen erst geschaffen werden, so werden nun die Letzteren denjenigen Principien unterstellt, welche der Zeitgeist erforderte und mit denen Rom durch den Verkehr mit dem Oriente vertraut geworden war. Auch hier tritt daher das nämliche gemischte System zu Tage, welches wir für den gesammten Orient im Allgemeinen als herrschend voraussetzten.

Endlich die Municipalrechte unterliegen im Allgemeinen ganz selbstverständlicher Weise keinen anderen Principien, als die Provinzialrechte.

Hiernach dürfen wir daher den Rechten der liberae civitates innerhalb der äußeren Gränzen des römischen Reiches, wie der römischen Provinzen und der römischen Municipien im Allgemeinen gleiche Principien in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person beimessen und dies wird im Besonderen sich bestätigen, indem wir diese Principien selbst quellenmäßig feststellen und zwar zunächst für die Provinzen (§. III — VII.), sodann für die liberae civitates (§. VIII.) und endlich für die Municipien (§. IX.).

## §. III.

Indem wir unsere Betrachtung zunächst den Provinzialrechten zuwenden, so knüpfen wir hierbei wieder an die Darstellung Savigny's an, der in System Bd. VIII. die hierher gehörigen Quellenstellen in Betracht gezogen, dabei aber irriger Weise in eine vornämliche Beziehung zu den Städtecommunen im römischen Reiche gesetzt hat. Setzen wir nun diese Anknüpfung an sich bei Seite, so ist, wenn wir zunächst unseren Blick dem Vermögensrechte zuwenden und hierbei von dem Obligationenrechte ausgehen, vom wesentlichsten Interesse für uns, daß Savigny §. 369 sq. aus den Quellen das Resultat entnommen hat, daß für die Ueber-

weisung eines obligatorischen Rechtsverhältnisses unter ein Municipalrecht, wie vor das besondere municipale Forum an und für sich nicht der Ort der Begründung des Rechtsverhältnisses, sondern der Ort der Erfüllung der geschuldeten Leistung maaßgebend sei. Daher mißt Savigny l. c. dem römischen Alterthume den Grundsatz bei:

> Der Erfüllungsort der Obligation bestimmt das örtliche Recht und den Gerichtsstand der Obligation; der Erfüllungsort selbst aber wird bestimmt durch den ausdrücklich oder stillschweigend erklärten Willen der Parteien; der Ort des Abschlusses des Contractes dagegen ist nur dann und nur insofern maaßgebend für das örtliche Recht und den Gerichtsstand der Obligation, als er zugleich Erfüllungsort der Obligation ist.

Diese Sätze stützt Savigny, wie bemerkt, zunächst auf die Quellen, anderntheils aber auch auf die Natur der Sache; allein selbst wenn wir in letzterer Beziehung davon absehen, mit welchem Mißtrauen im Allgemeinen dasjenige anzunehmen ist, was auf die sogenannte Natur der Sache zurückgeführt zu werden beliebt, so ist doch überdem in obiger Beziehung insbesondere zu berücksichtigen, daß bei einer Lehre, wie die in Frage stehende ist, innere und speculative Gründe nur mit äußerster Vorsicht aufgestellt und benutzt werden dürfen, weil unsere Kenntniß des römischen Alterthumes bei Weitem noch nicht dahin gediehen ist, daß wir mit höherer Sicherheit zu entscheiden vermöchten, welche allgemeineren Gesichtspunkte und Anschauungen, welche höheren Principien und Ideen bei Entscheidung jener Collisionsfragen die römische Nationalanschauung mit innerer Nothwendigkeit bestimmen mußten. Daher ist bei Erörterung jener Verhältnisse der sogen. Natur der Sache nur ein geringes Gewicht beizumessen gegenüber den äußeren und historischen Momenten. Was dagegen die Quellenzeugnisse betrifft, so entnehmen wir selbst aus denselben das Princip:

> **Der Ort des Abschlusses des Contractes bestimmt das örtliche Recht, wie, in facultativer Concurrenz mit dem forum originis und domicilii, den Gerichtsstand der Obligation; der Ort des Abschlusses selbst aber ist theils wirklicher und thatsächlicher Ort des Abschlusses des Contractes, theils fingirter Ort des Abschlusses, nämlich der Erfüllungsort der Obligation, insofern die**

Parteien einen anderen Erfüllungsort besonders vereinbart haben, als den Ort des Abschlusses des Vertrages.

Und daß nun diese Sätze, mit denen bezüglich des Gerichtsstandes des Contractes im Wesentlichen übereinstimmt Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses p. 16. sq., in der That als unmittelbares Resultat aus den Quellen sich ergeben, wird eine nochmalige Prüfung der einschlagenden Stellen lehren. Indem wir daher solcher uns zuwenden, so bemerken wir vor Allem, wie in Bezug auf die obige maaßgebende Frage auch der Quasicontract dem Contracte im eigentlichen Sinne gleichzustellen ist, wie dies allgemein anerkannt und namentlich auch von Paulus lib. 58. ad Ed. (Dig. V, 1, 20.) bezeugt wird. Unter dieser Voraussetzung aber stellen wir an die Spitze eine von Savigny übersehene Stelle, nämlich Cic. in Verr. III, 60, 137.:

> Negotiatores sibi putant esse turpe, id forum sibi iniquum eiurare, ubi negotientur,

woraus erhellt, daß der Ort des Geschäftsverkehres, somit des Geschäftsabschlusses zugleich das forum für die Klage aus dem Geschäfte bildet. Hiernächst aber verdient vor Allem eine besondere Beachtung Gai. lib. 23. ad Ed. prov. (Dig. XLII, 5, 1. 3.):

> Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi oportet, id est ubi quisque contraxit. Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.

Denn indem wir demjenigen Theile dieser Stelle, welcher dem Erfüllungsorte des Contractes eine Relevanz beilegt, in §. IV. eine besondere Betrachtung widmen werden, so ergiebt der andere Theil jener Stelle, daß in der That die von einer localen Beziehung abhängigen Wirkungen Rechtens in Verbindung stehen zu dem Orte, an welchem der Contract geschlossen und der Quasicontract begründet wurde.

Als besonderer Beleg nun der Unterordnung des Rechtsgeschäftes unter das particuläre Recht desjenigen Ortes, wo der Contract geschlossen oder der Quasicontract begründet wurde, dient Gai. lib. 10. ad Ed. prov. (Dig. XXI, 2, 6.):

> Si fundus venierit, ex consuetudine ejus regionis, in qua negotium gestum est, pro evictione caveri oportet;

denn wenn Savigny, System §. 356. dieser Stelle, sowie den

unten in §. V. bei not. 8. citirten Stellen aus Ulp. lib. 31. und 35. ad Edict. die Beweiskraft abspricht, weil hier nicht von Rechtsregeln, sondern von dem die Rede sei, was man thatsächlich gewöhnt ist, so scheint für solche Auffassung in der That kein genügender Anhalt gegeben zu sein. Allerdings haben wir, wo von consuetudo und mores die Rede ist, zu scheiden zwischen der einfachen Lebenssitte und der Rechtssitte d. i. dem Gewohnheitsrechte (vergl. Thl. I. §. 86. unter 2.); denn während die Letztere eigene und innere bindende Kraft hat als Recht, so entbehrt die Erstere an sich dieser eigenen juristischen Macht, vielmehr erlangt sie eine rechtlich maaßgebende Bedeutung lediglich dadurch, daß die Contrahenten das, was moris regionis ist, gewußt, gewollt und ausdrücklich kundgegeben oder stillschweigend vorausgesetzt haben, solchenfalls aber das, was moris ist, in Wahrheit zugleich Vertragsbestimmung ist, daher insoweit allerdings auch der Lebenssitte eine äußere und abgeleitete bindende juristische Kraft sich beimessen läßt. Wenn daher keineswegs verkannt werden mag, daß, wo die römischen Juristen vom Einflusse der mores oder consuetudo sprechen, dieselben solche nicht bloß als Gewohnheitsrecht, sondern auch als einfache Lebenssitte aufgefaßt haben können, wie wir dies in der That anerkennen bei Papinian, lib. 2. Quaest. (Dig. XXII, 1, 1. pr.), Ulp. lib. 10. ad Ed. (Dig. eod. 37.), lib. 1. ad Ed. Aed. cur. (Dig. XXI, 1, 31. §. 20.), lib. 45. ad Sabin. (Dig. L, 17, 34.) sowie in der Const. Dioclet. et Max. in C. IV, 65, 19.,[1]) so waltet doch ein anderes Sachverhältniß in der obigen Stelle ob, da hier von der Verbindlichkeit die Rede ist, eine Caution in einer durch consuetudo geregelten Beschaffenheit vertragsmäßig zu übernehmen. Denn da die einfache Lebenssitte lediglich um deßwillen ein Rechtsverhältniß ihrer Herrschaft unterwirft, weil sie als Theil und Inhalt des Vertrages gilt und als vertragsmäßige Vereinbarung bindende Kraft erlangt, so kann da, wo der consuetudo die Macht beigemessen wird, zu einer bestimmten Vereinbarung zu zwingen, unter consuetudo nie die einfache Lebenssitte

1) Vergl. Beil. VII. §. 8. Die Stellen dieser Art liefern dafür, daß der Ort des Vertragsabschlusses das örtliche Recht bestimmt, wenigstens einen künstlichen Beweis. Wenn dagegen Savigny l. c. §. 374. not. e. annimmt, daß der Ort des Vertragsabschlusses zugleich Domicil der Contrahenten sei, so halte ich dies für eine willkührliche Supposition.

verstanden sein, weil ihre bindende Macht nicht auf der Willensbestimmung der Contrahenten beruht, sondern völlig unabhängig von solcher erscheint und über dem Willen der Parteien steht, solchen zwingend und beherrschend. Daher versteht Savigny mit Unrecht in der obigen Stelle unter consuetudo und mos die einfache Lebenssitte, indem vielmehr darin nothwendiger Weise die Rechtssitte selbst, das Gewohnheitsrecht anzuerkennen ist.

Sodann wird als Forum des Contractes der Ort des Vertragsabschlusses erklärt in folgenden Stellen: von Labeo bei Ulp. lib. 60. ad Ed. (Dig. V, 1, 19. §. 3.):

> Quid, si homo provincialis servum institorem vendendarum mercium gratia Romae habeat? Quod cum servo contractum est, ita habendum, atque si cum domino contractum sit; quare ibi se debebit defendere;

Iulianus bei Ulp. lib. 27. ad Ed. (Dig. XIII, 5, 5. §. 1.):

> Iulianus, legatum Romae constituentem, quod in provincia acceperat, putat conveniri debere;

Papinianus lib. 4. Resp. (Dig. V, 1, 45.):

> Argentarium, ubi contractum est, conveniri oportet. — Idem in actione tutelae placuit. Nomine pupillae tutoribus in provinciae condemnatis, curatores puellae iudicatum Romae facere coguntur, ubi mutuam pecuniam mater accepit, cui filia heres exstitit;[2])

Ulp. lib. 60. ad Ed. (Dig. V, 1, 19. §. 1. 2.):

> Si quis tutelam vel curam vel negotia vel argentariam vel quid aliud, unde obligatio oritur, certo loco administravit, etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere. — —

---

2) Der vorausgesetzte Fall ist folgender: Eine Frau nimmt zu Rom ein Darlehn auf; ihre Tochter und Erbin wird vor dem forum domicilii in der Provinz verklagt und verurtheilt; die actio iudicati dagegen wird wiederum vor das forum in Rom als das forum des Contractes gewiesen. Rom aber ist das forum des Contractes, weil das Darlehn dort aufgenommen wurde. Somit bildet der Ort des Vertragsabschlusses das forum des Contractes. Daß wie Savigny l. c. §. 370 not. n. annimmt, die Darlehnsempfängerin (oder Erblasserin oder Mutter) zu Rom domicilirt habe, besagt weder Papin., noch ist es an sich wahrscheinlich, da die Tochter in der Provinz domicilirte.

Proinde et si merces vendidit certo loco vel disposuit vel comparavit, videtur — — ibidem se defendere. — — Si quis ab eo comparavit, qui tabernam vel officinam certo loco conductam habuit, in ea causa esse, ut illic conveniatur? quod magis habet rationem. Nam — — si quo constitit, non dico iure domicilii, sed tabernulam, pergulam, horreum, armarium, officinam conducens, ibique distraxit vel egit, defendere se eo loco debebit;[3])

lib. 34. ad Ed. (Dig. V, 1, 65.):

Exigere dotem mulier debet illic, ubi maritus domicilium habuit, non ubi instrumentum dotale conscriptum est. Nec enim id genus contractus est, ut potius eum locum spectari oporteat, in quo instrumentum dotis factum est, quam eum, in cujus domicilium et ipsa mulier per conditionem matrimonii erat reditura;

insofern in dieser Stelle Ulpian, indem er das forum domicilii und des Contractes scheidet, besagt, daß, dafern bei der Dotalklage das letztere Forum anwendbar sei, an demjenigen Orte dies Forum sein würde, wo das instrumentum dotale errichtet ist;

Paulus lib. 50. ad Ed. (Dig. III, 3, 54. §. 1.):

---

3) Wegen der Beurtheilung, welche Savigny dieser Stelle zu Theil werden läßt vergl. System §. 370. not. a. Ich meinestheils habe nicht vermocht, für die Richtigkeit dieser Auffassung Ueberzeugung zu gewinnen. — In obiger Stelle (l. 19. §. 2. cit.) wirft Ulp. zugleich die Frage auf, ob wider den Durchreisenden das forum des Contractes oder lediglich ein anderes forum, das des Domicils anwendbar sei. Den letzteren Punkt bejaht Ulp., das forum des Contractes damit verneinend. Allein indem Ulpian das Letztere sachlich bezeichnet, so demonstrirt er dasselbe durchaus nicht als den Ort der Erfüllung des Contractes, sondern lediglich als den Ort des Vertragsabschlusses (qui a mercatore quid comparavit advena vel ei vendidit). Der Grund, weßhalb hier das forum des Contractes negirt wird, liegt nicht darin, worin ihn Savigny selbst §. 370. unter V. in Verbindung mit III. sucht, daß nämlich der Durchreisende nicht die Erwartung errege, er werde am Orte des Vertragsabschlusses erfüllen (da vielmehr diese Erwartung in Wahrheit regelmäßig erregt wird); noch liegt er darin, worin ihn nach Savigny l. c. unter IV. Ulpian setzt, daß nämlich die Annahme einer Prorogation des forum dem Durchreisenden gegenüber an und für sich unstatthaft sei; sondern er liegt in Wahrheit und nach Ulpian's Angabe in einer reinen Utilitätsrücksichtnahme (durissimum est), beruht somit nicht auf höherem Princip, sondern enthält vielmehr eine Modification eines gültigen Princips.

Tutores qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent.

Vergl. auch Ulp. lib. 3. ad Ed. (Dig. V, 1, 2. §. 4. 5.), lib. 4. ad Ed. (Dig. II, 13, 4. §. 5.), Paul. lib. 17. ad Plaut. (Dig. V, 1, 24. pr.), Callistr. lib. 1. Epist. (Dig. eod. 36. §. 1.), Dioclet. et Maxim. in C. III, 21, 1.

§. IV.

Wenn alle die in §. III. mitgetheilten Stellen das Forum des Contractes, wie das örtliche Recht desselben nach dem Ort des Vertragsabschlusses versetzten, ohne daß irgend welche Andeutung dafür gegeben wäre, daß diesem Orte lediglich um deßwillen jene maaßgebende Bedeutung zukomme, weil er zugleich als Ort der Vertragserfüllung von den Contrahenten vereinbart worden sei; ja wenn schon bei den Quasicontracten im Allgemeinen die Annahme einer solchen stillschweigenden Vereinbarung eines Erfüllungsortes an sich unangemessen erscheint, so tritt nun die Unmöglichkeit, an einen selbstständig bestimmten Ort der Erfüllung der Obligation die Herrschaft des örtlichen Rechtes und das Forum anzuknüpfen, in allen übrigen Fällen der Obligation ganz evident zu Tage. Denn daß das Alterthum in der That die Lehre von dem Einflusse des Ortes des Contractes auf alle Fälle der Obligirung übertrug, auch wo die Obligation nicht eine vertragsmäßig begründete war, das bezeugt Paul. lib. 58. ad Ed. (Dig. V, 1, 20. XLII, 4, 4.):

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. — Sed et is qui immiscuit se (i. e. hereditati), contrahere videtur.

Wenn daher hiernach auch bei den Obligationen aus einem Delicte und Quasidelicte ein Ort des Contractes angenommen wurde und als maaßgebend in den fraglichen beiden Punkten anzuerkennen ist, in allen diesen Fällen aber der Ort der Erfüllung der Obligation durchaus nicht in selbstständiger Weise sich bestimmt, so kann hier unter dem Orte des Contractes eben nur der Ort verstanden sein, wo im obigen Sinne contrahirt d. h. obligirt worden ist, lediglich also der Ort wo das Delict oder Quasidelict begangen worden ist, und lediglich dieser Ort ist von Einfluß be-

züglich des örtlichen Rechtes, wie des Gerichtsstandes der Obligation (vergl. §. V.).[4])

Fassen wir nun Alle dem gegenüber die Stellen ins Auge, in denen der Erfüllungsort des Contractes für das Forum des Contractes erklärt wird, so geschieht dies von Ulp. lib. 60. ad Edict. (Dig. V, 1, 19. §. 4.):

Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi; et ita et Iuliano et multis aliis videtur; wozu vergl. Gai. lib. 9. ad Edict. prov. (Dig. XIII, 4, arg. l. 1.).

Allein der juristische Grund für solche Entscheidung ist in der That nicht darin zu erblicken, daß dem Erfüllungsorte um seiner selbst willen und in principaler Weise jene bestimmende Bedeutung zukäme, als vielmehr darin, daß der zwischen den Contrahenten besonders vereinbarte Erfüllungsort als Ort des Contractsabschlusses fictionsweise betrachtet wird, wie dies besagt Iulian. lib. 3. ex Minicio (Dig. XLIV, 7, 21.):

Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit,

und Gai. lib. 23. ad Ed. prov. (Dig. XLII, 5, 3.):

Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.

Dann das in beiden Stellen wiederkehrende intelligitur bedeutet: es wird so angesehen, und bezeichnet eine fictive Thätigkeit der Theorie und Wissenschaft;[5]) gerade hieraus aber erhellt, daß die maaßgebende Bedeutung, als locus des Contractes zu gelten, an

---

4) In dem obigen Punkte hört die Theorie Savigny's vollständig auf. Derselbe bestreitet zwar §. 371. die innere Verwandtschaft zwischen dem forum contractus und dem forum delicti mit der Bemerkung, daß das Erste durch präsumtive freiwillige, das Letztere durch nothwendige Unterwerfung begründet werde; allein die Unterwerfung dürfte hier, wie dort in gleicher Maaße sei es freiwillig, sei es nothwendig sein.

5) Vergl. Brisson de V. S. s. v. Bei Gai. l. c. hat das intelligitur seine wahre Beziehung nur zu dem eo loco, quo solvenda est pecunia, nicht aber zu dem eo lo[illegible] quo negotium gestum est, da das contractum esse am letzteren locus in der Wirklichkeit, nicht bloß in einem intelligere beruht. Allein solche Scheidung verschwindet bei der Breviloquenz der obigen Stelle.

Tutores qui in aliquo loco administraverunt, eodem loco et defendi debent.

Vergl. auch Ulp. lib. 3. ad Ed. (Dig. V, 1, 2. §. 4. 5.), lib. 4. ad Ed. (Dig. II, 13, 4. §. 5.), Paul. lib. 17. ad Plaut. (Dig. V, 1, 24. pr.), Callistr. lib. 1. Epist. (Dig. eod. 36. §. 1.), Dioclet. et Maxim. in C. III, 21, 1.

§. IV.

Wenn alle die in §. III. mitgetheilten Stellen das Forum des Contractes, wie das örtliche Recht desselben nach dem Ort des Vertragsabschlusses versetzten, ohne daß irgend welche Andeutung dafür gegeben wäre, daß diesem Orte lediglich um deßwillen jene maaßgebende Bedeutung zukomme, weil er zugleich als Ort der Vertragserfüllung von den Contrahenten vereinbart worden sei; ja wenn schon bei den Quasicontracten im Allgemeinen die Annahme einer solchen stillschweigenden Vereinbarung eines Erfüllungsortes an sich unangemessen erscheint, so tritt nun die Unmöglichkeit, an einen selbstständig bestimmten Ort der Erfüllung der Obligation die Herrschaft des örtlichen Rechtes und das Forum anzuknüpfen, in allen übrigen Fällen der Obligation ganz evident zu Tage. Denn daß das Alterthum in der That die Lehre von dem Einflusse des Ortes des Contractes auf alle Fälle der Obligirung übertrug, auch wo die Obligation nicht eine vertragsmäßig begründete war, das bezeugt Paul. lib. 58. ad Ed. (Dig. V, 1, 20. XLII, 4, 4.):

Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicunque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur. — Sed et is qui immiscuit se (i. e. hereditati), contrahere videtur.

Wenn daher hiernach auch bei den Obligationen aus einem Delicte und Quasidelicte ein Ort des Contractes angenommen wurde und als maaßgebend in den fraglichen beiden Punkten anzuerkennen ist, in allen diesen Fällen aber der Ort der Erfüllung der Obligation durchaus nicht in selbstständiger Weise sich bestimmt, so kann hier unter dem Orte des Contractes eben nur der Ort verstanden sein, wo im obigen Sinne contrahirt d. h. obligirt worden ist, lediglich also der Ort wo das Delict oder Quasidelict begangen worden ist, und lediglich dieser Ort ist von Einfluß be-

züglich des örtlichen Rechtes, wie des Gerichtsstandes der Obligation (vergl. §. V.).[4])

Fassen wir nun Alle dem gegenüber die Stellen ins Auge, in denen der Erfüllungsort des Contractes für das Forum des Contractes erklärt wird, so geschieht dies von Ulp. lib. 60. ad Edict. (Dig. V, 1, 19. §. 4.):

> Illud sciendum est, eum, qui ita fuit obligatus, ut in Italia solveret, si in provincia habuit domicilium, utrobique posse conveniri, et hic et ibi; et ita et Iuliano et multis aliis videtur; wozu vergl. Gai. lib. 9. ad Edict. prov. (Dig. XIII, 4, arg. l. 1.).

Allein der juristische Grund für solche Entscheidung ist in der That nicht darin zu erblicken, daß dem Erfüllungsorte um seiner selbst willen und in principaler Weise jene bestimmende Bedeutung zukäme, als vielmehr darin, daß der zwischen den Contrahenten besonders vereinbarte Erfüllungsort als Ort des Contractsabschlusses fictionsweise betrachtet wird, wie dies besagt Iulian. lib. 3. ex Minicio (Dig. XLIV, 7, 21.):

> Contraxisse unusquisque in eo loco intelligitur, in quo ut solveret, se obligavit,

und Gai. lib. 23. ad Ed. prov. (Dig. XLII, 5, 3.):

> Contractum autem non utique eo loco intelligitur, quo negotium gestum est, sed quo solvenda est pecunia.

Dann das in beiden Stellen wiederkehrende intelligitur bedeutet: es wird so angesehen, und bezeichnet eine fictive Thätigkeit der Theorie und Wissenschaft;[5]) gerade hieraus aber erhellt, daß die maaßgebende Bedeutung, als locus des Contractes zu gelten, an

---

4) In dem obigen Punkte hört die Theorie Savigny's vollständig auf. Derselbe bestreitet zwar §. 371. die innere Verwandtschaft zwischen dem forum contractus und dem forum delicti mit der Bemerkung, daß das Erste durch präsumtive freiwillige, das Letztere durch nothwendige Unterwerfung begründet werde; allein die Unterwerfung dürfte hier, wie dort in gleicher Maaße sei es freiwillig, sei es nothwendig sein.

5) Vergl. Brisson de V. S. s. v. Bei Gai. l. c. hat das intelligitur seine wahre Beziehung nur zu dem eo loco, quo solvenda est pecunia, nicht aber zu dem eo lo[illegible] quo negotium gestum est, da das contractum esse am letzteren locus in der Wirklichkeit, nicht bloß in einem intelligere beruht. Allein solche Scheidung verschwindet bei der Breviloquenz der obigen Stelle.

und für sich lediglich dem Orte des Contractsabschlusses, nicht aber dem Orte der Erfüllung der Obligation beigemessen ward, weil nur unter dieser Voraussetzung jenes intelligere einen vernunftentsprechenden Sinn gewinnt. Wohnte daher dem Erfüllungsorte an und für sich schon und in selbsteigener Maaße die Kraft inne, das Forum des Contractes und dessen örtliches Recht zu bestimmen, so würde durchaus kein Grund ersichtlich sein, denselben als den Ort des Contractsabschlusses zu behandeln.

Demgemäß beruht die Bedeutung, die der Ort der Erfüllung für das örtliche Recht und das Forum des Contractes erlangt, lediglich auf seiner fingirten Eigenschaft, Ort des Contractabschlusses zu sein, und als der juristisch bestimmende Moment erscheint in jenen beiden Punkten in Wahrheit diejenige locale Beziehung, welche durch den Ort des Contractsabschlusses gegeben wird.

§. V.

Als Resultat der bisher geführten Untersuchung gewinnen wir den Satz, daß der Ort des Vertragsabschlusses, wie der Begründung des Quasicontractes das örtliche Recht, wie das Forum des Contractes bestimmt, eine allgemeinere Modification von dieser Regel aber nur insofern eintritt, als ein besonderer Erfüllungsort des Vertrages zwischen den Contrahenten vereinbart worden ist, insofern diesfalls der Erfüllungsort als Ort des Vertragsabschlusses betrachtet und behandelt wird. In einem innern Zusammenhange mit dieser Regel, den wir bereits in §. IV. aus Paul. lib. 58 ad Ediot. deducirten, steht der Satz, daß in Rechtsverhältnissen zwischen Angehörigen verschiedener Provinzen auch bei Delicten (und Quasidelicten) der Ort der Begehung des Delictes maaßgebend ist für das örliche Recht, dessen Beurtheilung das Delict unterliegt, wie für das Forum. Zwar wird das Vorkommen dieses sogen. forum delicti im Alterthume bezweifelt von Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Theile der Theorie des Civilprocesses p. 29 — 50., allein dasselbe dürfte in der That sich aus folgenden Stellen besonders ergeben: Pompon. lib. VIII. Epist. (Dig. IX, 4, 43.):

Servi, quorum noxa caput sequitur, ibi defendendi sunt, ubi deliquisse arguentur; itaque servos dominus eodem loco ex-

hibere debet, ubi vim intulisse dicentur et carere omnium dominio poterit, si eos non defendat;

Ulp. lib. 31. ad Ed. (Dig. XVII, 1, 10. §. 3.):

Si procurator meus pecuniam meam — ad usus suos convertit, in usuras convenietur, quae legitimo modo in regionibus frequentantur;

lib. 35. ad Ed. (Dig. XXVI, 7, 7. §. 10.):

Quae autem sint pupillares usurae, videndum est. Et apparet, hanc esse formam usurarum, ut eius quidem pecuniae, quam quis in usus suos convertit, legitimam usuram praestet. — — Ex ceteris causis secundum morem provinciae praestabit usuras aut quincunces, aut trientes aut si quae aliae leviores in provincia frequentantur;[6])

Paul. lib. 17. ad Plaut. (Dig. V, 1, 24. §. 1.):

Legati ex delictis in legatione commissis coguntur iudicium Romae pati, sive ipsi admiserint, sive servi eorum;

lib. 13. ad Sabin. (Dig. I, 18, 3.):

Praeses provinciae in suae provinciae homines tantum imperium habet. — — Habet interdum imperium et adversus extraneos, si quid manu commiserint; nam et in mandatis principum est, ut curet is, qui provinciae praeest, malis hominibus provinciam purgare, nec distinguitur, unde sint;

wozu vergl. Valentin. et Valens in C. Iust. III, 16, 1.

Nicht minder entscheidend aber, als alle die citirten Stellen, dürfte die Analogie des Criminalprocesses sein, in welchem gegenüber den römischen Staatsangehörigen das forum delicti den regelmäßigen Gerichtsstand begründete, worüber vgl. Geib, Geschichte des röm. Crim. Proc. p. 486 sq. und insbesondere p. 490. not. 10., p. 491. not. 13. 14., ingleichen p. 251. not. 22. p. 480. not. 34 — 36.

Können wir nun nach Alle dem als Resultat hinstellen, daß bei obligatorischen Rechtsverhältnissen zwischen den Angehörigen

---

6) Wegen der Beurtheilung dieser beiden Stellen s. oben §. III.; daß hier die bindende Kraft der das Zinsenmaaß bestimmenden Sitte nicht auf stillschweigender, vertragsmäßiger Vereinbarung der Interessenten, sondern auf ureigener zwingender Macht der mores beruht, daß somit unter mores nicht bloß einfache Lebenssitte, sondern wahres Gewohnheitsrecht zu verstehen ist, ergiebt der Inhalt der obigen Stellen ganz unzweifelhaft.

verschiedener Provinzen das örtliche Recht, wie der Gerichtsstand bestimmt wurde durch denjenigen Ort, wo der Vertrag abgeschlossen, der Quasicontract begründet, das Delict oder Quasidelict begangen wurde, so steht hiermit allenthalben in Verbindung der Satz, daß auch bei dinglichen Klagen der Ort, an welchem der Verletzer sich befindet zur Zeit, wo die Anerkennung des dinglichen Rechtes verweigert wird, für das örtliche Recht der dinglichen Klage und den Gerichtsstand des Beklagten maaßgebend ist, ein Satz, der sich ergiebt aus Cassius bei Paul. lib. 17. ad Plaut (Dig. V, 1, 24. §. 2.):

Si postuletur in rem actio adversus legatum, numquid danda sit, quoniam ex praesenti possessione haec actio est? Cassius respondit: sic servandum, ut, si subducatur ministerium ei, non sit concedenda actio, si vero ex multis servis de uno agatur, non sit inhibenda;[7])

Iulianus lib. 1. Dig. (Dig. V, 1, 25.):

Si legationis tempore quis servum vel aliam rem emerit aut ex alia causa possidere coeperit, non inique cogetur eius nomine iudicium accipere; aliter enim potestas dabitur legatis sub hac specie, res alienas domum auferendi.

Aus allen diesen Stellen gewinnen wir sonach das Resultat:

A. Der locus contractus begreift inne theils den Ort des Vertrages, theils den Ort des Quasicontractes, wie des Delictes und Quasidelictes;

1. Der Ort des Vertrages ist derjenige Ort, wo der Vertrag abgeschlossen zu sein juristisch gilt. Dieser juristische Ort des Vertragsabschlusses ist aber wiederum entweder wirklicher oder aber fingirter Ort des Vertragsabschlusses. Wirklicher Ort des Vertragsabschlusses ist derjenige Ort, zu welchem die Contrahenten bei Abschluß des Vertrages in thatsächlicher und wirklicher localer Beziehung durch ihr persönliches Verweilen standen, und dieser Ort wird dann maaßgebend, wenn ein Ort der Erfüllung des Rechtsgeschäftes zwischen

7) Die von Cassius beigefügte Beschränkung der actio in rem, wie die weiteren Einschränkungen, welche Iulianus und Paulus aussprechen stehen in Zusammenhang mit der besonderen Stellung der Legaten, ohne als Negation des Principes selbst gelten zu können; vergl. auch zu obigen Stellen Bethmann-Hollweg, Versuche p. 59 sq.

den Contrahenten nicht besonders vereinbart ist. Dagegen fingirter Ort des Vertragsabschlusses ist derjenige Ort, der als Ort der Erfüllung des Vertrages zwischen den Interessenten besonders vereinbart ist, und dieser Ort tritt dann an die Stelle des wirklichen Ortes des Vertragsabschlusses.

2. Der Ort des Quasicontractes, Delictes und Quasidelictes ist der Ort, in welchem diejenige menschliche Thätigkeit zu Tage trat, welche den Quasicontract, das Delict und das Quasidelict begründete.

B. Der locus actionis, d. i. der Ort, wo eine Klage angestellt werden kann, ist der locus contractus, somit theils der Ort des Vertrages und Quasicontractes (forum contractus), theils der Ort des Delictes und Quasidelictes (forum delicti commissi); überdem ist aber locus actionis auch derjenige Ort, wo der Verletzer eines Sachenrechtes zur Zeit der Rechtsverletzung sich aufhält.

## §. VI.

Die in §. III. — V. betrachteten Stellen bezogen sich theils ausdrücklich auf Provinzialverhältnisse,[8]) theils waren sie so gehalten, daß diese Beziehung ihnen innelag. Die Erörterung selbst aber in diesen Paragraphen beschäftigte sich damit, festzustellen, welche sachliche Bedeutung wir den durch die Quellen an die Hand gegebenen Bezeichnungen locus contractus und locus actionis beizumessen haben, sonach die Beschaffenheit der localen Beziehung zu bestimmen, welche bezüglich des „contractus" und der Klage in den Quellen zu Tage tritt. Kehren wir nun hiernach zu unserer in §. II. gestellten Aufgabe zurück, so haben wir vor Allem in's Auge zu fassen, ob überhaupt jene locale Beziehung darin sich kund giebt, daß der locus contractus und actionis maaßgebende Bedeutung hat für das Recht, welches auf contractus, wie actio Anwendung erleidet. In dieser Beziehung tritt uns nun zwar die Wahrnehmung entgegen, daß die Quellen vornämlich mit Rücksicht auf das forum, dagegen in nur untergeordneter Weise mit Rücksicht auf das materielle Recht jene locale Beziehung erörtern, und diese

8) So in Bezug auf provincia: Papin. lib. 4. Resp. und Iulian bei Ulp. lib. 27. ad Ed. (§. III), Ulp. lib. 35. ad Ed. (§. V) und lib. 60. ad Ed. (§. III. IV), Paul. lib. 13. ad Sabin. (§. V.); in Bezug auf regio: Gai. lib. 10. 23. ad Ed. prov. (§. III), Ulp. lib. 31. ad Ed. (§. V).

Erscheinung wird erklärlich dadurch, daß zu Justinians Zeit innerhalb des römischen Reiches die particulären Rechtsbesonderheiten im Wesentlichen ganz verschwunden waren, somit aber die Compilation das Interesse verlor, die auf solche Besonderheiten bezüglichen Stellen dem Corpus Iuris mit einzuverleiben. Dennoch aber geben die Quellen in Wahrheit genügende Anhaltspunkte für Beantwortung jener Frage. Denn immerhin finden sich einige Stellen vor, welche dem locus contractus die Bedeutung beimessen, den contractus in jenem weiten Sinne von Obligation der Herrschaft des örtlichen Rechtes zu unterwerfen. Denn gerade dies besagt Gai. lib. 10 ad Edict. prov. (s. §. III.) in Bezug auf die cautio pro evictione, wie Ulp. lib. 31 u. 35 ad Ed. (§. V.) in Bezug auf die usurae officio iudicis praestandae, während in Paul. lib. 13 ad Sabin. (§. V.) dieser Satz wenigstens sich angedeutet findet bezüglich der Delicte. Wenn wir daher in diesen Punkten in Wahrheit das Princip der localen Herrschaft des Rechtes innerhalb des römischen Reiches anerkannt finden, so waltet in der That auch kein Bedenken ob gegen die Annahme, daß auch in anderen Punkten jenes Princip zur Anerkennung gelangt sei, dafern nur überhaupt der einer juristischen Normirung unterliegende Lebensverkehr das Bedürfniß der Anwendung jenes Principes zeigte.

Vornämlich aber können wir aus der Anerkennung eines dem locus actionis entsprechenden besonderen forum den Schluß stützen, daß Hand in Hand hiermit auch die entsprechende Anerkennung jenes Principes der localen Herrschaft des Rechtes ging. Bereits Savigny System §. 356 hebt den Zusammenhang hervor, welcher zwischen der Unterordnung der Person unter den Gerichtsstand eines Territorium und unter das Recht desselben statt findet. Zwar waltet nun dieser Zusammenhang in der Weise, wie ihn Savigny anerkennt, in Wahrheit nicht ob; denn ein Vertrag konnte unter gewissen Umständen beliebig ebensowohl in dem örtlichen Gerichtsstande: dem forum contractus, wie in dem persönlichen Gerichtsstande: dem forum originis, wie domicilii[9]) klagbar ge-

9) Es verdient hier wiederholt zu werden, worauf bereits Savigny l. c. p. 358. hingewiesen hat, daß bei uns das Domicil eine wesentlich verschiedene Bedeutung hat, als bei den Römern nach der in dem corp. iuris vorgetragenen Theorie. Bei Letzteren hat das Domicil in der hier fraglichen Beziehung gar

macht werden, während er in Wahrheit immer nur Einem Rechte, nicht aber in entsprechender Weise beliebig dem Rechte eines jeden der drei fora sich unterordnete. Wohl aber ist anzuerkennen, daß, indem die Römer von der von Alters überlieferten Theorie abwichen, wonach der Gerichtsstand regelmäßig in der civitas des Beklagten gegeben war; indem dieselben vielmehr neben diesen persönlichen Gerichtsstand auch noch den localen Gerichtsstand des Contractes u. dergl. stellten; daß, sagen wir, diese Neuerung weder erforderlich, noch auch zweckentsprechend gewesen sein könnte, wenn in dem localen Forum das personale Recht des Beklagten und nicht ebenfalls das locale Recht zur Anwendung gelangt wäre. Daher dürfen wir auch, gestützt hierauf, in §. VII. der Annahme Folge geben, daß alle die Verhältnisse, welche vor das locale Forum verwiesen werden, zugleich auch dem localen Rechte unterliegen.

Wenn wir nun endlich auch in noch anderen Beziehungen das Princip der localen Herrschaft des Gesetzes innerhalb des römischen Reiches zur Gültigkeit erhoben sehen (§. VIII.), so können wir nun nach Alle dem als bewiesen anerkennen, daß überhaupt jenes Princip in den in §. III.—V. betrachteten Verhältnissen und in den Provinzialrechten zur Anwendung gelangte.

Fragen wir nun aber anderweit, welcher Anknüpfungspunkt im Allgemeinen es ist, der innerhalb des Principes der localen Herrschaft des Gesetzes bezüglich der in §. III.—V. betrachteten provincialrechtlichen Verhältnisse die Verbindung des Rechtes mit der Person vermittelte, so ist die Beantwortung dieser Frage in Wahrheit bereits gegeben in dem Resultate von §. V.: der Aufenthalt an sich, somit nicht nothwendig das Domicil, genügt bereits, eine Unterordnung unter das provinciell-locale Recht, wie Forum zu begründen, nur daß freilich da, wo es sich um einen Vertrag

keine selbstständige juristische Bedeutung: es hat nur insofern Relevanz, als es den civis Romanus einer römischen Municipalgemeinde überweist und somit demselben Communalmitgliedschaft gewährt; daher ist das forum und die lex domicilii nur forum und Recht der Stadt, innerhalb deren der civis Communalmitglied ist; dagegen ist es ohne Bedeutung für den Bürger der libera civitas, der durch das Domicil in einer Stadt des röm. Reiches weder die röm. Civität, noch das Communalbürgerrecht jener Stadt erwirbt, noch auch dem forum oder der lex domicilii unterworfen wird. Bei uns dagegen hat das Domicil selbsteigene jurist. Bedeutung: es ordnet ohne weiteres Medium dem forum und der lex domicilii unter.

handelt, der Aufenthaltsort dann nur durch juristische Fiction gegeben ist, wenn ein anderer Erfüllungsort als der Ort des Vertragsabschlusses von den Contrahenten vereinbart worden war, insofern als diesfalls der Erfüllungsort auch als Ort des Aufenthaltes fingirt wird. Demgemäß ist daher das provincielle Recht, insoweit als es locales Recht ist, in der That nicht Domicil-, sondern Aufenthaltsrecht, und es erfordert nicht das Domicil, sondern begnügt sich schon mit dem bloßen Aufenthalte, um sich selbst als bindende Norm mit der Person zu verknüpfen.[10]) Und in der That läßt dieser Satz auch noch in entsprechenden anderweiten Beziehungen als maaßgebend sich erkennen (§. VIII. XI.).

## §. VII.

Das bisher gewonnene Resultat ergiebt, daß wir in den Provincialrechten innerhalb einer gewissen Gränze die Gültigkeit des Systemes der territorialen Herrschaft des Rechtes anerkennen dürfen und daß der Aufenthalt innerhalb der Provinz die Verbindung solcher Rechtspartie mit der Person vermittelte. In Uebereinstimmung hiermit steht, daß wir in der That zu erkennen vermögen, wie die Provincialrechte im Allgemeinen das System der nationalen Herrschaft des Rechtes aufgegeben haben. Denn nirgends finden wir auch nur die entfernteste Spur von einem conubium oder commercium oder einer testamentifactio irgend eines Provincialrechtes. Gerade hieraus aber, daß die abstracte Fähigkeit zur Theilnahme am Provincialrechte nicht diesen den Römern geläufigen und gegebenen Begriffen untergeordnet, vielmehr dabei völlig von einer derartigen subjectiven Qualificirung abgesehen wird, gerade daraus erhellt, daß die Provincialangehörigkeit durchaus nicht als wesentliche Vorbedingung der Theilnahme am betreffenden ius provinciale und an seinen Rechtsverhältnissen aufgefaßt wurde. Hieraus daher ergiebt sich mit innerer Nothwendigkeit ein fast totales Aufgeben des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes, insofern als z. B. der Nichtprovinciale nach ius provinciale vom Provincialen adoptirt und zum Erben eingesetzt werden, in Obligationsverhältnissen stehen, wie als

---

10) Vergl. namentlich auch Ulp. lib. 60. ad Ed. (§. III): etsi ibi domicilium non habuit, ibi se debebit defendere.

Interessent wegen Verletzung eines Sachenrechtes erscheinen konnte, nicht minder die persona standi in iudicio hatte, endlich auch der Provinciale mit der Nichtprovincialin eine rechtsgültige Ehe schließen konnte. Alle diese einzelnen Momente ergeben sich als einfache Consequenzen des Fehlens von connubium u. commercium des Provincialrechtes, sie entsprechen aber auch dem Bilde, welches von dem Provincialverkehre die Quellen uns vorführen.

Mit Alle dem nun sind wir zu dem Satze gelangt: die Provincialrechte haben dem Systeme der nationalen Herrschaft des Rechtes wenigstens innerhalb gewisser Gränze ein System der territorialen Herrschaft des Rechtes substituirt, und es verbleibt daher zur Beantwortung lediglich noch die Frage übrig, ob letzteres System in Wahrheit vollständig oder nur in beschränktem Maaße an die Stelle des Ersteren getreten, und ob daneben vielleicht noch ein drittes System zur Anwendung gelangt sei; ob daher, wenn wir beispielsweise der Frage eine concrete Fassung geben, die Ehe des Bithyniers mit der Galaterin, wenn solche in Galatien geschlossen wurde, unter die Herrschaft der lex Galatarum fiel in gleicher Weise, wie z. B. das Zinsverlehn, welches Beide in Galatien abschlossen, oder ob nicht jene Ehe doch der lex Bithynorum sich unterordnete.

Für Beantwortung dieser Frage bieten vor Allem die in §. III. — V. behandelten Stellen den nächsten Anhaltepunkt dar. Denn die Verträge, wie die Klagen aus Forderungsrechten und aus Sachenrechten sind es, welche, indem sie dort vor ein locales Forum gewiesen werden, zugleich auch der Herrschaft des örtlichen Rechtes sich unterordnen (vgl. §. VI.). Wenn wir daher hierauf die Annahme stützen können, daß auf dem Gebiete des Vertrages, wie überhaupt der Entstehung und Beendigung des Forderungsrechtes, ingleichen auf dem Gebiete der Begründung und Aufhebung des Sachenrechtes, wie endlich auf dem Gebiete der Klage aus dem Forderungs- wie Sachenrechte das System der territorialen Herrschaft des Rechtes galt, so bleibt nun zur Feststellung des betreffenden Systemes nur noch offen das den Zustand der Person an sich betreffende Recht, ingleichen das Erbrecht und Familienrecht. Und hierfür gewinnen wir, was das Erbrecht betrifft, einen sicheren Fingerzeig aus Ulp. lib. sing. Reg. (Fr. XX, 14.):

— — qui dediticiorum numero est, — nec quasi civis Ro-

manus testari potest, cum sit peregrinus, nec quasi peregrinus, quoniam nullius certae civitatis civis est, ut adversus leges civitatis suae testetur;

ingleichen, was das Familienrecht betrifft, aus Gai. Inst. I, 92.:

— — ex peregrino, cui secundum leges moresque peregrinorum coniuncta est (sc. civis Romana), wozu vgl. ibid. §. 77.;

endlich, was das Recht der Person an sich betrifft, aus dem Satze, daß der Status des manumissus stets nach dem Status und dem Rechte des manumissor sich richte (vgl. Thl. II, §. 18.), sowie daraus, daß die Emancipation vor dem Magistrate derjenigen Commune erfolgen muß, der der parens manumissor angehört.[11])

Wenn wir daher für diese Gebiete des Rechtes dem Principe der localen Herrschaft des Gesetzes auch innerhalb des ius provinciale die Gültigkeit abzusprechen haben, so würde es doch andrerseits ebenso irrig sein, hier, wenigstens auf dem Gebiete des Familien- wie Erbrechtes die Fortdauer des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes behaupten zu wollen, weil diesfalls der Nichtprovinciale in der That in das Gebiet beider Rechtspartieen ebensowenig hätte eintreten können, wie dies z. B. nach ius civile Romanorum der Fall ist. Gleichwohl wird, wie obbemerkt, die Annahme höchst bedenklich erscheinen, daß z. B. die Galaterin von der Ehe mit dem Bithynier durch die lex Bithynorum ausgeschlossen gewesen wäre, indem dies vielmehr durch Gai. l. c. widerlegt wird, oder daß der Cilicier einen Nichtcilicier nicht hätte

11) Dies besagt das Rescript des Dioclet. et Maxim. in C. VIII, 49, 1., wo das Entgegengesetzte nur auf Grund eines Privilegs desjenigen Municipium als rechtsbeständig anerkannt wird, vor dessen II vir die Emancipation beschah. — Gleicher Grundsatz gilt natürlich auch bezüglich der Manumission, der tutoris datio und anderer von der Competenz der Magistrate bedingter Rechtsgeschäfte, wie Acte; vergl. lex munic. Salpens. s. 28. 29. — Zweifelhaft ist Ulp. lib. 24. ad Edict. (Dig. XXV, 4, 1. §. 15.), wenn er in Bezug auf die inspectio ventris und custodia partus die mos regionis, und das Rescr. des Hadrian bei Callistr. lib. 4. de Cognit. (Dig. XXII, 5, 3. §. 6.), wenn es in Bezug auf die Evocation der Zeugen die consuetudo provinciae für maaßgebend erklärt, insofern als nicht gesagt ist, ob der bloße Aufenthalt oder die Provinzialangehörigkeit solcher Norm unterordnet. Doch ist wahrscheinlich an das Domicil zu denken, welches das Communalbürgerrecht in der betreffenden Provinzialstadt, und damit die Provinzialangehörigkeit verlieh, so daß beide Stellen allerdings hieher gehören.

zum Erben einsetzen können, indem dies nicht allein durch Ulpian l. c. nicht besagt wird, sondern auch im Widerspruche steht damit, daß Cicero von Erbschaften der Römer in den Provinzen redet, wo entschieden nicht bloß an cives Romani als die Erblasser zu denken ist.[12]) Hiermit aber gelangen wir zu dem Ergebniß, daß wir für das Erbrecht, wie für das Familienrecht im ius provinciale die Existenz eines neuen, besonderen, selbstständigen Principes anzuerkennen haben, insofern hier die Theilnahme der Person am ius provinciale weder von deren Provinzialangehörigkeit an sich, noch von deren Verweilen innerhalb des Provinzialgebietes, vielmehr von Momenten abhängig ist, welche in den Rechtsverhältnissen selbst gegeben sind, in welche hier der Ausländer mit dem Provinzialen tritt. Denn fassen wir die betreffende Ordnung der Verhältnisse auf jenen beiden Rechtsgebieten näher in's Auge, so erkennen wir, wie die juristische Stellung, welche innerhalb der betreffenden Rechtsverhältnisse das eine Subject einnimmt, von maaßgebender Bedeutung ist für die Verbindung des Rechtes mit der Person: es wird in den Verhältnissen des Familien-, wie des Erbrechtes für das zur Anwendung gelangende Recht die eine Person als bestimmend, der andere Interessent dagegen als bestimmt in der Weise angesehen, daß das Recht derjenigen Rechtsgemeinde, welcher die bestimmende Person angehört, über das ganze Rechtsverhältniß als die maaßgebende, ordnende Norm sich stellt. So ist es die Person des Erblassers und des Ehegatten, wie Vaters, welche in Bezug auf letztwillige Verordnung und auf testamentarisches, wie Intestaterbrecht, in Bezug auf erbschaftliche Klagen, in Bezug auf Ehe und Adoption, wie väterliche Gewalt

12) Cic. de Leg. III, 8.: omitto, quemadmodum isti se gerant atque gesserint, qui legatione hereditates aut syngraphas suas persequuntur; die Zusammenstellung der hereditates mit den syngrapha weist hier entschieden darauf hin, daß an Nachlässe von Peregrinen zu denken ist. Allein ein noch unzweideutigeres Zeugniß bietet Cic. ad Fam. XIII, 30, 1.: L. Manlius est Sosis. Is fuit Catinensis; sed est una cum reliquis Neapolitanis civis Romanus factus; — — erat enim adscriptus in id municipium ante civitatem sociis et Latinis datam. Eius frater Catinae nuper mortuus est. Nullam omnino arbitramur de ea hereditate controversiam eum habiturum, et est hodie in bonis. Denn hier beerbt der civ. Rom. L. Manlius Sosis einen Provinzialen aus Catina in Sicilien.

in den Requisiten ihrer Begründung und Lösung, wie in ihren Wirkungen das maaßgebende Recht und damit zugleich die Rechtsnorm bestimmt, welcher der Honorirte, die Ehegattin und das Kind unterworfen werden. Hier allenthalben ist daher die Herrschaft des Rechtes durchaus nicht eine locale, allein ebensowenig auch eine dem Systeme der nationalen Herrschaft entsprechende, weil bezüglich der bei Bestimmung des Rechtes passiven und leidenden Person von deren nationaler Qualität ganz abgesehen ist, und Letztere vielmehr lediglich für die bestimmende Person und auch dies nur mit Rücksicht auf deren juristische Stellung in dem Rechtsverhältnisse in Betracht kommt, so daß in Folge dessen ebensowohl das Rechtsverhältniß des Ausländers dem inländischen Rechte, wie das des Inländers dem ausländischen Rechte zur Normirung überlassen wird, je nachdem der Inländer oder der Ausländer die Stellung der bestimmenden Person in dem Rechtsverhältnisse einnimmt. Daher bildet hier eine rein causale Beziehung des bestimmenden Subjects den Anknüpfungspunkt, welcher das Recht mit der Person verbindet, und das maaßgebende Moment, auf dem einerseits die Rechtsfähigkeit, wie andrerseits die Unterordnung der Person unter das Recht beruht. Daher nannten wir das hierin zu Tage tretende System in Thl. II, §. 3. das System der causalen Herrschaft des Rechtes.

Sonach gewinnen wir daher für die römischen Provinzialrechte das Resultat, daß dieselben einem gemischten Systeme in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person sich unterordnen:

Zunächst dem Systeme der territorialen Herrschaft des Rechtes: Hier wird die Verbindung des Rechtes mit der Person und zwar gleichmäßig für die beiden interessirten Subjecte vermittelt durch den Aufenthalt des Subjectes innerhalb des Provinzialgebietes; und dieses Princip der Localität beherrscht das Forderungs-, wie das Sachenrecht; nur in Bezug auf die sachenrechtlichen Verhältnisse am Immobile nahm jenes Princip vielleicht die andere Gestaltung an, daß hier nicht der Aufenthalt der Subjecte, sondern das Belegensein des Rechtsobjectes innerhalb der Provinz dem Provinzialrechte unterordnete.[13])

13) Einschlagende Quellenbelege fehlen mir; denn wenn auch dem C. Appuleius Decianus von dem Lysanias, Bürger von Temnus, einer Provinzialstadt von Asia in Apollonis, libera civitas in Mysia an einem

Sodann dem Systeme der causalen Herrschaft des Rechtes, welches auf dem Gebiete des Erb-, wie Familienrechtes gilt; hier wird die Verbindung des Rechtes mit der Person für beide Interessenten vermittelt durch die juristische Stellung, welche innerhalb jener Verhältnisse das Eine der beiden Subjecte als die bestimmende Person einnimmt, insofern das Recht derjenigen Rechtsgemeinde, welcher die Letztere angehört, als ordnende Norm über das ganze Verhältniß und somit auch über alle Interessenten sich stellt.[14])

Dagegen das System der nationalen oder vielmehr der provinzialen Herrschaft des Rechtes, bei welchem die Verbindung des Rechtes mit der Person allein und ausschließlich durch eine subjective Qualität der Letzteren, die Provinzialangehörigkeit vermittelt wird, ist insoweit, als das System einer territorialen, wie der causalen Herrschaft des Rechtes gilt, gänzlich aufgegeben und wird nur insoweit, als der Zustand der Person an sich in Betracht kommt, noch beibehalten, daneben aber auch, wie es scheint, in Bezug auf die Tutel[15]) und Cura.

Nach allen diesen Systemen aber bestimmt sich zugleich das

---

fundus Temnites Hypothek wegen eines Darlehns bestellt wird (Cic. p. Flacc. 21, 51. u. dazu Thl. II. not. 250), so fehlt doch die ausdrückliche Angabe, daß für diese Hypothek das ius provinciale von Asia maaßgebend war. Allein immerhin spricht theils hierfür die Analogie der Ordnung dieser Verhältnisse in den liberae civitates (s. Beil. XIII. not. 42.), anderntheils ist solche Ordnung der Beschaffenheit der Verhältnisse selbst am angemessensten.

14) Wo, was den Status der Kinder betrifft, eine Collision dadurch herbeigeführt ward, daß das Recht des einen Ehegatten das Princip der Vaterfolge, das Recht des Anderen aber die Mutterfolge anerkannte, da derogirte unter römischer Herrschaft das Letztere dem Ersteren, weil die Vaterfolge als das generelle Princip bezüglich der legitimen Kinder galt und die Mutterfolge dem gegenüber als reines, ius speciale aufgefaßt ward. Dies erkennen wir aus Ulp. lib. 2. ad Ed. (Dig. L, 1, 1. §. 2.). Vergl. auch not. 535.; wegen des Principes der Mutterfolge im Allgemeinen vergl. Bachofen, über das Weiberrecht, in den Verhandl. der 16. Vers. der deutschen Philol. Schulm. u. Oriental. Stuttg. 1858. p. 40. sq. — Wegen des Eherechts vergl. noch Ulp. lib. 34. ad Ed. (§. III), in Verbindung mit not. 9.

15) Vergl. Ulp. lib. 36. ad Ed. (Dig. XXVI, 5, 3.): ius dandi tutores datum est omnibus magistatribus municipalibus, — — sed illum, qui ab eodem municipio vel agro eiusdem municipii est. Kein ernstliches Bedenken erregt Cic. in Verr. IV, 17, 37.: a pupillo Heio (Lilybaetano), cui C. Marcellus tutor est, da nicht zu ersehen ist, ob dieser Heius civis Romanus war oder nicht.

Forum, vor welches eine Klage aus den betreffenden Rechtsverhältnissen gebracht werden kann und beziehentlich auch gebracht werden muß.[16])

So erscheint zwar die Haltung der römischen Provinzialrechte in der hier fraglichen Beziehung auf den ersten Anblick höchst complicirt, ja fast gekünstelt. Allein wer mit unbefangenem Auge die Verhältnisse überblickt, der wird erkennen, daß im Wesentlichen die nämliche Mischung der Principien auch im modernen Leben obwaltet, erzeugt und getragen durch das Leben selbst und sein Bedürfniß, wie durch die von ihm ausgehende instinctive Ordnung seiner Verhältnisse. Und wie das rege und vielbewegte Verkehrsleben der hellenistischen Länder; wie später die Circulation des Weltverkehres durch das römische Kaiserreich Zustände erzeugte, Bedürfnisse hatte und Anforderungen stellte, die gleichartig, ja wesengleich in dem modernen Leben wiederkehren, so hat auch gleiches Bedürfniß zu ähnlicher Befriedigungsweise geführt. Gemeinsam aber ist hier, wie dort die Häufung der Principien, die bedingt erscheint durch jeden regen und ausgedehnten Verkehr und die sich nicht fern halten läßt außer in Staaten mit den einfachsten Lebens- und Verkehrszuständen.

## §. VIII.

Indem wir nun den Rechten der liberae civitates uns zuwenden mit der Frage, nach welchem Principe dieselben mit der Person sich verknüpften, so könnte, wie bereits bemerkt, ein allgemeines Urtheil in dieser Beziehung bedingt erscheinen von einer Untersuchung über das Recht jeder einzelnen civitas. Dennoch ist auch ohne solche Specialuntersuchung wenigstens innerhalb gewisser Gränzen ein derartiges Urtheil zu gewinnen. Fassen wir nämlich die liberae civitates, welche innerhalb der äußeren Gränzen des römischen Reiches liegen, in ihren culturhistorischen Verhältnissen zu Ausgang der Republik, wie zu Beginn der Kaiserzeit ins Auge,

---

16) Doch herrscht in dieser Beziehung mancher Zweifel in der Wissenschaft; vergl. Zimmern, röm. Civ. pr. §. 19. not. 5. u. 8. und Puchta, Inst. §. 152. Jedenfalls ist, was namentlich das forum rei sitae betrifft, dessen frühere Existenz nicht ausgeschlossen durch das Rescript von Dioclet. et Constant. in fr. Vat. §. 226., da die constit. Antoniniana de civitate nur eine Verminderung der Zahl der fora zur Folge haben konnte.

so können wir fünf verschiedene Gruppen unterscheiden: zunächst die stammitalischen liberae civitates vor den leges de civitate von 664. und folgende: hier erkennen wir die fortdauernde Gültigkeit des Principes der nationalen Herrschaft des Rechtes in der gleichen Weise, wie im ius civile Romanorum an (Thl. II. §. 21.); ferner die liberae civitates im Oriente, in Sicilien und Großgriechenland, welche der hellenistischen Culturspäre angehören und bezüglich deren für die obige Frage besondere Anhaltepunkte sich bieten; innerhalb jener Culturspäre treten uns sodann drittens die liberae civitates an der Nordküste Afrika's entgegen, welche zwar ebenfalls von hellenistischer Cultur wesentlich berührt sind, jedoch in Bezug auf das Recht vielleicht besonderen Principien folgten, die von Tyrus, Sidon und Carthago aus ihnen übermittelt und von ihnen festgehalten worden waren; und Gleiches gilt auch von denjenigen civitates Spaniens, deren Culturentwickelung auf phönicischer oder punischer Grundlage ruht; hier aber fehlt jeder Anknüpfungspunkt für unser Urtheil;[17] viertens finden wir sodann im Occidente liberae civitates, welche, wie Massilia, von Griechenland aus gegründet und hellenisches Wesen erhaltend, der alten griechischen Culturspäre angehören: auch hier vermögen wir höchstens im Wege der Schlußfolgerung ein allgemeineres Urtheil für jene Rechtsprincipien zu gewinnen; und endlich besteht die überwiegende Mehrheit der liberae civitates des Occidentes aus Gemeinwesen, die erst durch romanisirende Einflüsse von einer sehr niedrigen Culturstufe zu höherer Entwickelung erhoben waren und die mit romanistischer Cultur zugleich auch römisches Recht angenommen hatten: hier daher dürfen wir die nämlichen Rechtsprincipien anerkennen, die wir in §. VI. bezüglich des römischen Provincialrechtes vorfanden.

Demnach beschränkt sich unsere Betrachtung nur auf die liberae civitates der hellenistischen Culturspäre, und für diese haben wir in der That in Beilage XIII. die geeigneten Anhaltepunkte gefunden: wir erkannten wie das Hellenenthum in der hier fraglichen Beziehung den nämlichen Ausgangspunkt einnimmt, wie das

17) D. h. wir können eben nur sagen, daß diese Städte punisches Recht hatten; vergl. Movers, Phönizier II, 2. p. 47. sq. und schließen, daß sie um ihres frequenten Handels willen dem fremden Kaufmann rechtlichen Schutz gewährten.

Römerthum, streng auf dem Boden des Principes der Personalität des Rechtes stehend, und die Sphäre der privatrechtlichen Rechtsfähigkeit in ἐπιγαμία, ἔγκτησις, κοινωνία ἀλλακτική und δικαιοδοσία nebst der προδικία zerlegend; und wie sodann von hier aus ein Uebergang zur Ablösung der Rechtsfähigkeit von der Civität in der Weise bewerkstelligt wird, daß auf dem Gebiete der ἐπιγαμία das System der causalen Herrschaft, auf dem Gebiete der ἔγκτησις und κοινωνία ἀλλακτική, wie der δικαιοδοσία dagegen die Systeme der territorialen Herrschaft des Rechtes adoptirt werden (Beil. XIII. §. XIII. XIV.). Allein neben dieses Resultat dürfen wir auch noch die Schlußfolgerung stellen, daß in den freien hellenistischen civitates die nämliche Ordnung der Verhältnisse obwaltete, welche wir in §. VII. für die orientalischen Provinzen feststellten. Denn da die Provinzialrechte des Orientes von Anfang an in der That im Wesentlichen nur auf angestammten einheimischen Rechte als ihrer Grundbase beruhen und auch die ererbten leitenden Principien in ihnen ihren Fortbestand finden (Thl. II. §. 53.), so leitet allerdings diese Voraussetzung zu dem Sachverhalte hin, daß, wie die in §. VII. dargelegten Principien in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person in den in römische Provinzen umgewandelten Staaten bereits zu der Zeit galten, als dieselben noch die libertas hatten, so auch die denselben benachbarten hellenistischen Staaten im Allgemeinen gleichzeitig zu den nämlichen Principien übergingen, obwohl andrerseits auch nicht verkannt werden darf, daß in einzelnen Beziehungen, nämlich auf dem Gebiete der ἔγκτησις das System der nationalen Herrschaft des Rechtes in einzelnen Staaten länger als in anderen seine Geltung behielt. Sehen wir indeß hiervon ab, so können wir immerhin für die liberae civitates der hellenistischen Culturlsphäre das Resultat hinstellen, daß hier, wie in den römischen Provinzen im Allgemeinen die nämlichen Principien in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person galten, wobei wir insbesondere noch mit mehr Bestimmtheit anerkennen dürfen, daß auf dem Gebiete der Grundbesitzverhältnisse in den liberae civitates in Bezug auf die das Sachenrecht am Immobile betreffenden Rechtsverhältnisse die Person der Herrschaft des Rechtes durch solche sachenrechtliche Beziehung an sich bereits unterworfen wurde, ein Satz, der bezüglich der Provinzen wenigstens der erforderlichen

Belege mangelte. Hiernach herrschte daher in den liberae civitates des Orients im Allgemeinen das System der territorialen Herrschaft des Rechtes und zwar unter Anknüpfung an den Aufenthalt der Subjecte innerhalb der Gränzen der libera civitas auf dem Gebiete des Forderungs- wie Mobiliarsachenrechtes, unter Anknüpfung an das Belegensein des Grundstückes aber auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes; das System der causalen Herrschaft des Rechtes aber gilt auf dem Gebiete des Familien-, wie Erbrechtes; endlich das System der nationalen Herrschaft des Rechtes greift Platz in Bezug auf den Rechtszustand der Person an sich, wie vielleicht auch der Tutel und Cura.

## §. IX.

Ein besonderes Municipalrecht endlich kommt in dreifacher Beziehung in Frage: einmal bezüglich derjenigen Communen in Italien, welchen die libertas entzogen, die röm. Civität aber nicht verliehen worden war; sodann bezüglich der Provinzialstädte, welche unterhalb des Provincialrechtes noch besondere locale Rechtsnormen hatten; endlich bezüglich derjenigen Communen, welche die römische Civität oder auch, was die Kaiserzeit betrifft, die Latinität hatten, neben dem ius civile Romanorum aber noch locale Rechtsbestimmungen kannten. Die Erste dieser drei Classen hatte auf dem Gebiete des commercium das römische ius civile (Thl. II. §. 45. 59), während darüber hinaus ein Rechtsverkehr mit Auswärtigen lediglich auf Grundlage des ius gentium statt gehabt haben kann; sie kann daher auf sich beruhen; die zweite Classe folgte in Bezug auf die in Frage stehenden Rechtsprincipien selbstverständlich dem Provinzialrechte, daher hier jede weitere Erörterung sich erledigt; die dritte Classe endlich kann bei der Beschaffenheit jenes particulären Rechtes zu erheblichen Zweifeln keine Veranlassung geben. Denn sehen wir ab von den eigentlichen Privilegien dieser Municipien, dir gar nicht hierher gehören (vergl. Savigny, System VIII. p. 361.), so ist nicht allein die Anwendbarkeit solcher localen Rechtsbestimmungen außerordentlich beschränkt, insofern dieselben neben dem ius civile nur eine supplementäre Bedeutung haben konnten,[18]) sondern es werden auch dieselben

18) Das Gewohnheitsrecht ist allerdings meist local, allein sein Gebiet pflegt auch bei entwickelten Culturstaaten sehr klein zu sein. Merkwürdig ist

von den römischen Juristen immer nur in der Weise des Provinzialrechtes beurtheilt: als mos, consuetudo regionis (vgl. §. III—V. u. VII.), so daß durchaus keine Veranlassung vorliegt, diesen particulären gewohnheitsrechtlichen Normen irgend welches andere Princip in Bezug auf ihre Herrschaft über die Person beizumessen, als dem Provinzialrechte.

## §. X.

Ueberblicken wir nun nach Alle dem die innerhalb des römischen Reiches gültigen Rechte in Hinsicht auf die für solche maaßgebenden Principien der Herrschaft über die Person, so erkennen wir, wenn wir die innerhalb der äußeren Gränzen des römischen Staates gelegenen liberae civitates als Dependenzen Roms mit in Betracht ziehen, daß allenthalben, wohin unser Blick gegen Ausgang der Republik und in der späteren Zeit fällt, ein gemischtes System uns entgegentritt. Und dies ist der Fall zunächst

I. bezüglich des universellen ius Romanum insofern, als hier

A. das System der nationalen Herrschaft des Rechtes im ius civile Romanorum galt, ebenso wie im ius civile der stammitalischen liberae civitates Italiens, insofern beidemal das Bürgerrecht der betreffenden civitas und resp. die durch conubium, commercium und recuperatio übertragene Rechtsfähigkeit den Anknüpfungspunkt für die Herrschaft des Rechtes bildet; daneben aber auch

B. ein System territorialer Herrschaft des Rechtes in dem ius gentium ausgeprägt war (Thl. II. §. 85.), so daß wir daher mit Recht in jener großen Einheit des universellen ius Romanum ein gemischtes System behaupten dürfen, obgleich diese Thatsache an sich dem Alterthume, wie uns selbst fremder entgegentritt, weil hier, wie dort die intuitive Einheit des ius Romanum weniger zum Bewußtsein gelangte gegenüber der Zweiheit von ius civile und ius gentium; vergl. Thl. II. §. 85. 122. Sodann galt aber

II. ein gemischtes System auch in den Rechten der römischen Provinzen und der liberae civitates im Oriente, ebenso wie in den gewohnheitsrechtlichen suppletorischen Localnormen der römischen

übrigens die Regel bei Iulian. lib. 94. Dig. (Dig. I, 3, 32 pr.), daß das locale Recht der Stadt Rom subdiäres ius civile Romanorum sei. Wegen solchen particulären Rechtes vergl. übrigens Thl. II. §. 103.

Municipien, indem dort allenthalben das Obligationen- und das Sachenrecht einem Systeme territorialer, das Erbrecht und Familienrecht der causalen, und der Zustand der Person an sich, Manumission und Patronat, wie vielleicht auch die Tutel der personalen Herrschaft des Rechtes unterstellt war, wobei das System der territorialen Herrschaft im Allgemeinen den Aufenthalt des Individuum innerhalb des Territorium, auf dem Gebiete des Immobiliarsachenrechtes dagegen das Belegensein des Objectes innerhalb des Territorium als Anknüpfungspunkt für die Verbindung der Rechtsnorm mit der Person anerkannte, resp. anerkannt haben dürfte.

Diese Voraussetzungen nun ergeben, wenn wir die in §. I. unter 5. festgestellten Classen von Collisionsfällen festhalten, daß dem römischen Reiche alle jene Collisionsverhältnisse gegeben sind; denn

1. eine Collision, welche in der juristischen Gestaltung des Rechtsverhältnisses an sich beruht, ist gegeben für das ius gentium einerseits, und das ius civile Romanorum, oder ein römisches Provinzial- oder Municipalrecht andrerseits; diesen Fall werden wir in §. XII. betrachten;

2. eine Collision, welche in der persönlichen Qualität des Subjectes ihren Grund hat, findet statt zwischen dem ius civile Romanorum einerseits und dem ius civile peregrinorum andrerseits, insofern Vereinbarung von conubium, commercium und recuperatio vorliegt; hierauf werden wir in §. XI. zurückkommen;

3. eine Collision, welche durch die Verschiedenheit der auf die Herrschaft des Rechtes über die Person bezüglichen Principien der in Betracht gezogenen Rechte gegeben ist, findet statt zwischen dem ius civile Romanorum einerseits und dem ius civile peregrinorum, dem römischen Provinzial- und Municipalrechte andrerseits; diesen Fall werden wir in §. XIII. näher betrachten.

## §. XI.

Die Collision des ius civile Romanorum mit dem ius civile einer libera civitas auf Grundlage der Vereinbarung von conubium, commercium und recuperatio, der wir zunächst unsere Betrachtung zuwenden, ist bereits in Thl. II. §. 26. sq. von uns in Erörterung gezogen und erledigt worden: dieselbe beruhte darauf,

daß jeder Bürger der beiden Staaten des conubium, commercium und der actio jedes der beiden iura civilia theilhaft war und für den rechtlichen Verkehr zwischen jenen beiden Völkern nunmehr jene beiden iura civilia in abstracto gleichzeitig und gleichmäßig zur Herrschaft über das betreffende Rechtsverhältniß berufen wurden. Die Lösung dieser Collision ward vermittelt auf dem Gebiete des conubium nach dem Systeme der causalen Herrschaft des Rechtes: der Zustand der Person des Kindes an sich, das Verhältniß zwischen Vater und Kind, wie zwischen Mann und Weib, und die Form der Begründung und Lösung der Ehe, wie der Vaterschaft ward bestimmt und normirt durch das ius civile des Ehemanns und Vaters. Dagegen auf dem Gebiete des commercium und der actio ward der Collision in concreto vorgebeugt durch das System der territoralen Herrschaft des Rechtes: die Rechtsgeschäfte unterlagen in den Requisiten ihrer Form dem Rechte desjenigen Territorium, wo sie abgeschlossen wurden, während die Klagen dem ius civile, wie der Jurisdiction desjenigen Staates sich unterordneten, innerhalb dessen die Klage begründet d. h. das Rechtsgeschäft abgeschlossen war oder die persönliche oder sachenrechtliche Rechtsververletzung begangen wurde.

Hier daher sehen wir im Wesentlichen genau die nämlichen Systeme adoptirt, welche wir in §. VII. u. VIII. theils für die römischen Provinzen, theils für die liberae civitates im Oriente anerkannten, nur daß dort diese Systeme als die obersten selbstständig im Rechte herrschen, während hier dieselben nur unterhalb des Systemes der nationalen Herrschaft des Rechtes stehen und lediglich dazu dienen, der durch das Letztere gegebenen Collision vorzubeugen. Dennoch aber waltet eine historische Verwandtschaft jener Systeme der causalen und territorialen Herrschaft des Rechtes auch hinter jener doppelten Erscheinungsform ob: denn indem die hellenischen und italischen Völker in Bezug auf das System der nationalen Herrschaft des Rechtes ursprünglich den nämlichen Standpunkt einnehmen; indem daher hier, wie dort durch die Vereinbarung von conubium, commercium und recuperatio gleichmäßig eine Collision der Rechte ins Dasein gerufen wurde; indem endlich hier wie dort diese Collision ganz in der nämlichen Weise beseitigt wurde, wie wir dies noch später in Rom vorfinden; so erkennen wir aus Alle dem, daß die in §. VIII. beobachtete Ver-

änderung in dem hellenischen Rechtsleben nur darin bestand, daß, indem man hier in späterer Zeit das oberste System der nationalen Herrschaft des Rechtes im Allgemeinen aufgab, dagegen die darunter stehenden und niederen Systeme der causalen und territorialen Herrschaft des Rechtes beibehielt, nunmehr die Letzteren auf jene höhere Stufe emportraten und die Stellung der obersten Systeme einnahmen, während zu Rom selbst, indem dieses durch Constituirung des ius gentium die Beibehaltung der alten Verhältnisse für das ius civile ermöglichte, jene Systeme der territorialen wie causalen Herrschaft des Rechtes noch im Dienste und unter dem Regimente des Systemes der nationalen Herrschaft erscheinen.

Dagegen das Sachenrecht am Grund und Boden entzieht sich auch für den hier betrachteten Collisionsfall der Herrschaft des territorialen Rechtes gänzlich, da das commercium agrorum von Rom an die Föderirten gar nicht verliehen ward (Thl. II. §. 17), während das testamentarische Erbrecht von Vorn herein nicht der Herrschaft des causalen, sondern des territorialen Rechtes sich unterordnet, weil das Testament zu Rom in die Form eines Rechtsgeschäftes unter Lebenden sich kleidete. Bezüglich der Jurisdiction aber greift die obbemerkte Analogie mit den Provinzialverhältnissen nur in beschränkter Maaße Platz, indem bei den letzteren die Jurisdiction die römische und hier nur über das besondere Forum zu bestimmen ist, während dort, in der Stellung des ius civile Rom. gegenüber dem ius civ. peregrin. die Jurisdiction selbst je des einen oder anderen Staates in Frage kömmt. Allein immerhin geht hier die Jurisdiction, wie dort das Forum Hand in Hand mit der Herrschaft des heimischen Rechtes.

## §. XII.

Indem wir hiernächst der Collision zwischen dem ius gentium einerseits und dem ius civile Romanorum oder einem röm. Provinzial- oder Municipalrechte andrerseits uns zuwenden, so findet solche Collision ihren Grund nicht in der doppelten persönlichen Qualität des Individuum an und für sich, in dessen Libertät einerseits und dessen Civität oder Provinzialangehörigkeit andrerseits, als vielmehr einzig und allein in der juristischen Gestaltung des

Rechtsverhältnisses selbst. Dies ergiebt sich aus einer Betrachtung des Verhältnisses selbst zwischen den in Frage gezogenen Rechten. Denn betrachten wir die verschiedenen Stellungen, welche diese mehreren Rechte einander gegenüber einnehmen können, so bieten folgende der Betrachtung sich dar:

1. Das ius gentium erkennt ein Rechtsgeschäft an oder gewährt ein Recht oder eine Klage insbesondere, welche dem ius civile oder ius provinciale einfach fremd ist, so das ius in re aliena des pignus, welches dem ius civile völlig unbekannt ist und zum Ersatz dessen das Letztere nur die wesentlich verschiedene Figur des revocabeln Eigenthumes in der fiducia kennt; oder

2. das ius civile oder ius provinciale statuirt ein Rechtsgeschäft oder eine Klage, welche dem ius gentium einfach fremd ist, so z. B. auf dem Gebiete des Erbrechtes.

In beiden Fällen waltet um dieser einfachen Fremdartigkeit der Satzung willen gar keine Collision der in Frage gezogenen Rechte ob: die gesetzlichen Dispositionen stehen neben einander, ohne sich zu berühren, und das Rechtssubject kann den vollen Gebrauch von den ihm zukommenden Befugnissen machen. Diesem Gesichtspunkte ordnet sich z. B. unter Gai. Inst. III, 120.:

> Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur, nisi si de peregrino fidepromissore quaeramus et alio iure civitas eius utatur.

Denn in diesem Falle, wo ein Provinziale im Wege der fidepromissio für einen Dritten zu Gunsten eines civis Romanus oder eines anderen Provinzialen intercedirt und vor Erfüllung seiner Bürgschaftsverbindlichkeit verstirbt, gewährt zwar das ius gentium keine Klage gegen die Erben des Letzteren, allein indem das ius provinciale des fidepromissor solche Klage giebt, so ist nun dieselbe ganz consequent dem Gläubiger zuzusprechen.

3. Das ius gentium und das ius civile oder ius provinciale stellen direct widerstreitende Rechtssätze auf. Dieser Fall kommt regelmäßig nicht vor, da, wo zwischen ius gentium und ius civile ein solcher Widerstreit entstand, alsbald die Rechtstheorie zu Gunsten des einen oder anderen entschied und den Widerspruch vermittelte, während in den iura provincialia in gleicher Weise die dem ius gentium direct widerstreitenden Rechtssatzungen wahrscheinlich sehr früh zu Gunsten des Letzteren beseitigt wurden (vgl.

Thl. II. §. 53). Insoweit aber dennoch solcher Collisionsfall in vereinzelten Punkten zu Tage trat, so wird schwerlich eine feste und durchgreifende Theorie sich gebildet gehabt haben, indem vielmehr ein Schwanken zwischen verschiedenen Principien eintreten mochte, wie wir solches auch in anderen analogen Gebieten wahrnehmen.[18a])

4. Das ius gentium und das ius civile oder ius provinciale statuiren

a. ein Rechtsgeschäft für ein Lebensverhältniß, bezüglich dessen je das andere Recht ebenfalls ein anderes Rechtsgeschäft aufstellt, so z. B. für Eigenthumserwerb an der res nec mancipi Mancipation oder in iure cessio und Tradition. Dann findet in Wahrheit eine Collision der Rechte statt, und diese wird gelöst durch das freie Belieben der Interessenten;

b. ein Recht und insbesondere eine Klage, welche das nämliche Object in seiner Totalität oder in einem Theile betrifft, bezüglich dessen je das andere Recht ebenfalls ein anderes Recht oder eine andere Klage aufstellt, so z. B. bei Eviction einer mancipirten Sache die auctoritatis actio des ius civile oder die actio emti des ius gentium. Dann findet in Wahrheit ebenfalls Collision der Rechte statt, allein auch diese wird in der Hauptsache durch das freie Belieben des Berechtigten gelöst, je nachdem derselbe dem einen oder dem anderen Rechte den Vorzug geben will. Nur in einzelnen Punkten sind hierbei gesetzliche Vorschriften gegeben, so z. B. in der Feststellung der Subsidiarität gewisser Rechtsmittel, wie der actio quod metus causa, der in integrum restitutio, während darüber hinaus, wie bemerkt, das freie Belieben des Berechtigten allein entscheidet und diesfalls jene allgemeinen Rechtsgrundsätze Platz greifen, welche man unter der Bezeichnung von Concurrenz der Klagen, oder auch von Concurrenz und Collision der Rechte (im subj. S.) zusammenfaßt.[19])

Indem daher nicht in den unter 1—3 aufgestellten, sondern nur in den beiden unter 4. betrachteten Fällen eine Collision der

---

18a) Vergl. Thibaut, Pandecten §. 55. a—c.

19) Vergl. namentlich Savigny System §. 231—236.; Concurrenz und Collision von Rechten Thibaut Pandecten §. 86., Concurrenz von Klagen ders. §. 69.

Rechte statt hat, so findet dieselbe ihre Ursache in Wahrheit nicht in der entsprechenden zwiefachen Qualität des Individuum an und für sich, sondern lediglich in der juristischen Gestaltung der Rechtsverhältnisse selbst. Ihre Lösung aber wird hier in der Weise gewonnen, daß im Allgemeinen lediglich der Wille der Interessenten über die Unterordnung der betreffenden juristischen Beziehung des Verhältnisses unter das eine der collidirenden beiden Rechte entscheidet.

Die Frage endlich über das entsprechende Verhältniß des ius civile einer libera civitas zu dem ius gentium gewinnt auch vom römischen Standpunkte aus Interesse, seitdem und insoweit als der civis Romanus auch an jenen iura civilia Theil nahm (s. §. XIV). Und hier hielt nun Rom in den Punkten unter 1. 2. und 4. unzweifelhaft an den nämlichen Sätzen fest, wie solche bezüglich des ius provinciale anerkannt waren, — was bezüglich 2. auch aus der Fassung von Gai. Inst. III, 120. cit. (alio iure civitas eius utatur) sich ergiebt, — während, was den Punkt unter 3. betrifft, das Uebergewicht und der Einfluß der römischen Macht auch bezüglich dieser Rechte zu gleichem Verhalten hindrängen mochte.

## §. XIII.

Die letzte Classe von Collisionsfällen wird gegeben durch die Verschiedenheit der Principien, welche in Bezug auf die Herrschaft des Rechtes über die Person von den innerhalb des römischen Reiches gültigen Rechten adoptirt sind. Hierfür kommen in Betracht das ius civile Romanorum einerseits und das ius peregrinorum, d. i. das ius civile der liberae civitates und das ius provinciale mit Einschluß des Municipalrechtes andrerseits. Auch hier stellen wir zunächst die Gränzen fest, innerhalb deren eine Collision nicht statt hatte, um sodann diese Collision selbst zu determiniren.

Eine Collision zwischen jenen Rechten fand aber nicht statt:

1. Insoweit als das ius peregrinorum dem Principe der personalen Herrschaft sich unterordnete, sonach in Bezug auf den Zustand der Person an sich, wie muthmaaßlich auch der Tutel.

2. Auf dem Gebiete, innerhalb dessen im ius peregrinorum das System der territorialen Herrschaft des Rechtes galt, daher:

a. in Bezug auf obligatorische und mobiliarsachenrechtliche Rechtsverhältnisse, insofern solche zwischen cives Romani und Peregrinen bestehen und in der Provinz oder der libera civitas ihren locus contractus oder actionis haben. Denn während das ius peregrinorum derartige Rechtsverhältnisse seiner Competenz unterwirft, so nimmt andrerseits das ius civile Romanorum solche Competenz nicht in Anspruch, während die Unterordnung des civis Romanus unter das ius provinciale dadurch bedingt ist, daß auch Letzteres als Satzung des römischen Staates gilt, dagegen dessen Unterordnung unter das ius civile einer libera civitas an und für sich dem Rechtsbewußtsein der ausgehenden Republik, wie der Kaiserzeit nicht mehr widerstrebte. Insofern dagegen für solche Rechtsverhältnisse Rom selbst der locus contractus wie actionis ist, so fallen dieselben vom Standpunkte des ius peregrinorum dem ius civile anheim, und Letzteres normirt in der That diese Verhältnisse dann, wenn sie zwischen Peregrinen und cives statt haben. Denn dann spricht ihnen das ius civile um des den Ersteren mangelnden commercium willen die Rechtsbeständigkeit ab;

b. in Bezug auf Immobiliarsachenrecht, da das ius peregrinorum alle diejenigen Sachenrechte unter seine Herrschaft zieht, welche an Immobilien zustehen, die innerhalb des Territorium der libera civitas oder der Provinz belegen sind, wogegen das ius civile Romanorum solche Herrschaft ablehnt, weil jenes Object ihm res extra commercium ist.

3. Auf dem Gebiete der causalen Herrschaft des Rechtes sehen wir, wie das ius peregrinorum seiner eigenen Cognition das Testament seines Angehörigen unterwirft, ebenso wie die testamentarische Honorirung oder das Intestaterbrecht des civis Romanus gegenüber dem Peregrinen, endlich die Ehe der civis Romana mit dem Peregrinen; während andrerseits es der Competenz des ius civile Romanorum das Testament des römischen Bürgers überweist, ingleichen die testamentarische Honorirung oder das Intestaterbrecht des Peregrinen gegenüber dem civis Romanus, wie endlich auch die Ehe des civis Romanus mit der peregrina. Hiermit allenthalben stimmt aber das ius civile Romanorum in der That vollkommen überein: die Testamente der cives Romani unterliegen

allenthalben dem ius civile Romanorum (vgl. Inst. II, 25, pr.), wogegen die Testamente der Peregrinen nach deren Recht beurtheilt werden (Ulp. lib. sing. Reg. [fr. XX, 14.]); das Erbrecht ferner des Peregrinen gegenüber dem civis Romanus wird um der mangelnden testamentifactio willen vom ius civile normirt, wenn auch negirend und unter Versagung desselben, wogegegen das Erbrecht des civis Romanus gegen den Peregrinen vom ius civile nicht abgesprochen, vielmehr dem ius peregrinorum zur Normirung überlassen wird (not. 13.); Letzteres gilt ferner auch von der Ehe der civis Romana mit dem Peregrinen (Gai. Inst. I, 92.), während die Ehe des civis Romanus mit der peregrina wegen mangelnden conubium für unstatthaft erklärt wird.[20]) Endlich, was die Adoption betrifft, so ist solche dem civis Romanus hinsichtlich des Peregrinen nicht gestattet, dagegen in entgegengesetzter Weise nicht untersagt, wenngleich mit capitis deminutio verknüpft.

Nach Alle dem verbleiben als Fälle wahrer Collision zwischen dem ius civile und dem ius peregrinorum nur zwei Verhältnisse, welche von dem Letzteren dem Systeme der territorialen Herrschaft, von dem Ersteren dagegen dem Systeme der nationalen Herrschaft untergeordnet werden, die Fälle nämlich, wo

a. zwei cives Romani in ein obligatorisches oder sachenrechtliches Verhältniß innerhalb des Territorium der Provinz od. der libera civitas treten, und

b. zwei Peregrinen zu Rom selbst in ein derartiges Rechtsverhältniß treten.

Denn indem im Falle unter a. beide Rechte die Competenz über solches Rechtsverhältniß in Anspruch nehmen, während ad b. Beide solche Competenz ablehnen, so entsteht nur hierdurch eine Collision, deren Lösungsmodalität wir in §. XIV. feststellen werden.

## §. XIV.

Unternehmen wir es nach Feststellung aller der gewonnenen Grundlagen, ein Gesammtbild der juristischen Gestaltung des Rechtsverkehres zwischen cives Romani und Provinzialen, wie Bürgern von liberae civitates zu Ausgang der Republik und während

---

20) Denn die Ehe ohne conubium ist ohne alle civile Wirkung, daher insofern dem ius civile fremd.

der ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit zu entwerfen, so könnte es vor Allem scheinen, als ob für diesen Verkehr das ius provinciale oder das ius civile der liberae civitates ebensowenig in Betracht gekommen sei, wie das ius civile Romanorum, weil das ius gentium an sich schon durch die Beschaffenheit seiner Satzungen im Stande gewesen, für alle im Verkehre zwischen cives Romani und Peregrinen zu Tage tretenden Verhältnisse die erforderliche Rechtsnorm zu bieten. Denn indem das ius gentium den Vermögensverkehr unter Lebenden in der Weise beherrschte, daß es die in diesem Verkehre zu Tage tretenden Verhältnisse auf einzelne, nach materiellen Criterien determinirte, allgemeine und weit umfassende Grundformen und Proportionen zurückführte und an diese nun seine Satzungen anknüpfte; indem ferner Rom die Macht besaß, diesen Postulaten seines ius gentium auch in den innerhalb der äußeren Gränzen seines Reiches belegenen liberae civitates Eingang zu verschaffen; indem endlich gerade nur der Vermögensverkehr unter Lebenden für das internationale Leben der Völker unentbehrlich ist, dagegen alle übrigen Verhältnisse ohne größere Störung sich ganz füglich zurückweisen lassen; indem endlich auch noch die philosophisch-rechtliche Theorie von der Ehe ohne connubium in dieser Beziehung zu einem practischen ius gentium hinführte, und Gleiches auch bezüglich der Immobiliarbesitzverhältnisse am fundus provincialis mit der römisch rechtlichen Theorie von possessio oder usus und von servitutenähnlichen Verhältnissen der Fall war, da auch hiermit ein allgemeines Fundament und ein universelles juristisches Schema gewonnen wurde, dem alle particularrechtlichen Besonderheiten sich anpaßten oder angepaßt werden konnten; so erscheint nun mit Alle dem dem Bedürfnisse des internationalen Verkehres nach einer rechtlichen Ordnung seiner Verhältnisse vollkommen genügt zu sein, so daß jedes außerhalb jener Gränzen liegende Verhältniß zwischen cives Romani und Peregrinen consequent abgewiesen werden konnte, während wiederum jedes innerhalb jene Gränzen fallende Verhältniß im internationalen Verkehre eben dem ius gentium sich unterordnete, nicht aber der Normirung durch ein ius civile oder provinciale bedurfte.

Allein wie wahr immer diese Bemerkung im Allgemeinen ist, so muß dennoch dieselbe bedeutenden Modificationen unterstellt werden. Denn zunächst muß es als irrig zu gelten haben, daß das

ius gentium in Wahrheit alle diejenigen den Vermögensverkehr unter Lebenden betreffenden Verkehrsbeziehungen normirte, für welche das internationale Leben in der dringendsten Weise eine rechtliche Norm beanspruchte. So finden wir z. B., wie dem ius gentium noch im Zeitalter Cicero's weder das Institut der Ersitzung oder des Zinsdarlehns oder der Verpfändung bekannt ist, da die praescriptio longi temporis und pignus oder hypotheca erst einer späteren Zeit ihr Dasein verdanken und jenem Zeitalter als Rechtsinstitute des römischen Rechtes noch unbekannt sind, während das Zinsdarlehn um der dafür erforderten Form der Stipulation willen noch iuris civilis ist, und erst im Laufe der Kaiserzeit dem ius gentium überwiesen wird, theils als depositum irregulare, theils indem die Stipulation selbst auf das Gebiet des ius gentium übergeleitet wird. Dennoch aber konnten alle diese Institute für den internationalen Verkehr nicht füglich entbehrt werden.

Und andrerseits enthielten innerhalb der allgemeinen juristischen Schemata, welche das ius gentium für die entsprechenden Rechtsverhältnisse bot, die iura peregrinorum particuläre Besonderheiten, welche zu beseitigen weder in dem Willen, noch in der Macht Roms gelegen war (Thl. II. §. 53.). Und wie daher in dem römischen Rechte selbst die emtio venditio besondere Wirkungen hatte, wenn sie in die Form der mancipatio oder stipulatio sich einkleidete; wie ferner die Ehe des civis Romanus besondere Wirkungen hatte, wenn sie mit einer des conubium theilhaften Person oder in Form der coemtio geschlossen wurde; so mögen ähnliche additionelle, wenn auch nicht contradictorische (§. XII.) Particularitäten zahlreich in den Provinzialrechten, wie in den Rechten der liberae civitates sich behauptet haben, unbeirrt und ungestört durch jene schematisirende und universelle Construction der einschlagenden Verhältnisse Seitens der Theorie des ius gentium. Ja, einen evidenten Beweis hierfür liefert z. B. Gai. Inst. III, 120. (s. §. XII.).

Dieser gesammte über die Sphäre des ius gentium hinausgreifende internationale Verkehr aber bewegte sich, von dem ius civile Romanorum durch das Princip der personalen Herrschaft des Gesetzes abgestoßen, im Wesentlichen lediglich auf dem Gebiete des ius peregrinorum, wie wir aus den Quellen jener Zeit mit

unzweifelhaftester Bestimmtheit zu erkennen vermögen. Und vornämlich dient uns hierbei als Prototyp das Zinsdarlehn, welches, wie obbemerkt, damals iuris civilis, gleichwohl aber für den internationalen Verkehr unentbehrlich war zu einer Zeit, die so reich war an Wuchergeschäften zwischen Römern und Peregrinen.[21]) Denn gerade hier sehen wir, indem wir diese Geschäfte in die Form der Syngrapha gekleidet finden, daß dieselben in der That auf das ius peregrinorum als ihre juristische Basis gestellt wurden (vgl. Thl. II. not. 517.), wie auch, daß solches der Fall war, mochten nun solche Geschäfte in Rom oder außerhalb Italiens abgeschlossen werden.

Die früheste Spur derartiger Geschäfte mit Provinzialen bietet die lex Gabinia vom J. 687, welche im Wesentlichen dahin lautete: ne provincialibus liceret Romae versuram facere, neque ex syngrapha eius rei causa facta ius diceretur,[22]) dagegen Beispiele solcher Geschäfte sind: das Zinsdarlehn, welches im J. 698 Scaptius und Matinius den Salaminiern gegen syngraphum zu Rom vorschießen; sodann das syngraphum Sittianum, wonach ein gewisser Sittius vor dem J. 703 Angehörigen der Provinz Cilicien Zinsdarlehn gegen syngraphum gegeben hatte,[23]) wie denn endlich

21) In der Epist. ad fam. XIII, 56. allein erwähnt Cicero, folgende Darlehnsschuldnerinnen des M. Cluvius: Mylassa, Alabanda, Heraclea und Bargylia, insgesammt liberae civitates in Carien, sowie Caunus, damals Provinzialstadt in Asia, wie theils aus Epist. ad Qu. fratr. I, 1, 11. 33., theils daraus sich ergiebt, daß Cic. ad Fam. cit. bezüglich ihrer des edictum, decretum und institutum des Proprätors gedenkt.

22) Vergl. darüber Orelli, Onomast. Tull. III. p. 181. und Gneist, die formellen Verträge p. 489 sq. Die lex Gabinia verbot aber 1. die Aufnahme von Zinsdarlehen Seitens der Provinzialen zu Rom, wie 2. daß aus den hierüber aufgenommenen syngrapha Klage gegeben wurde. Nicht aber verbot sie a. Aufnahme von Zinsdarlehn Seitens der Provinzialen außerhalb Roms, noch b. Aufnahme von Zinsdarlehn zu Rom Seitens der liberae civitates, noch auch c. daß im Allgemeinen aus den syngrapha der Provinzialen Klagen gegeben wurden. Die Nichtbeachtung dieser Momente hat manchen Irrthum erzeugt, und so auch bei Gneist, l. c. Daß übrigens die lex Gabinia lange Zeit sich in Anwendung erhalten haben sollte, ist sehr zu bezweifeln.

23) Ueber das Zinsgeschäft des Scaptius und Matinius vergl. Cic. ad Att. V, 21, 10. sq. VI, 1, 5. sq. 2, 7. sq. und dazu Savigny, Verm. Schr. I. p. 386. sq., sowie Gneist, l. c. p. 488 sq. der jedoch ungeeigneter Weise Salamis für eine „befreundete Stadt" erklärt, da doch Cyprus seit 696

auch Cicero selbst solcher Geschäfte in einer Weise gedenkt, daß wir auf deren Häufigkeit schließen dürfen.[24])

Noch weit zahlreicher treten uns aber in den Quellen Beispiele solcher Geschäfte entgegen, welche zwischen Römern und liberae civitates oder deren Bürgern abgeschlossen worden sind. Bereits im J. 660 erläßt der Senat ein Sen. Cons. dahin: ne quis Cretensibus pecuniam mutuam daret,[25]) wobei wir selbstverständlich nicht bloß an das mutuum des ius gentium, sondern an das foenus zu denken haben. Sodann leiht P. Clodius im J. 696 zunächst dem Brogitarus, Gesandten des Königs Dejotarus von von Galatia zu Rom Zinsdarlehn gegen syngrapha, ferner im selbigen Jahre vollzieht derselbe mit dem Hermarchus aus Chios syngrapha und ebenfalls 696 mit den Legaten des Brogitarus und mit byzantinischen Exules gleicher Weise syngrapha, wobei beidemal die denselben zu Grunde liegenden Geschäfte wohl als Zinsdarlehne zu denken sind.[26]) Nicht minder erborgt im J. 698 Ptolemaeus Auletes, König von Aegypten zur Zeit seines Aufenthaltes in Rom vom C. Rabirius Postumus ein Zinsdarlehn, worüber auf der albanischen Villa des Cn. Pompeius syngrapha aufgesetzt wurden, und gleiche Geschäfte machte Ptolemaeus auch mit anderen Römern.[27]) Um die nämliche Zeit lieh auch L. Aufidius Bassus der libera civitas Tenus auf der gleichnamigen Insel ein Zinsdarlehn gegen zwei syngrapha,[28]) und ebenso ließ sich Antonius im J. 710 von den in Rom anwesenden Gesandten des Königs Dejotarus syngrapha über eine Summe Geldes ausstellen, welche der Letztere für die Wiederverleihung Armeniens gelobte und worüber zweifelsohne Zinsdarlehn fingirt ward, und in

---

Provinz und Salamis Provinzialstadt war. — Ueber das syngraphum Sittianum vergl. Cic. ad Fam. VIII, 2, 2. 7, 5. 8, 10. 9, 3. 11, 4. und dazu Gneist, l. c. p. 485 sq.

24) Cic. de Leg. III, 8.: Omitto quemadmodum isti se gerant atque gesserint, qui legatione hereditates aut syngraphas suas persequuntur.

25) Ascon. in Corn. p. 57. Or.; Creta ward erst 687 röm. Provinz und war bis dahin Föderation von liberae civitates.

26) Vergl. Cic de Harusp. resp. 13, 29. p. Sest. 26, 56. — de Harusp. resp. 16, 34. — p. dom. 50, 129.

27) Vergl. Cic. p. Rab. Post. 3, 6. — ad Fam. I, 1. VII, 17, 1.

28) C. I. Gr. no. 2335.

gleicher Weise wird ähnlicher Zinsgeschäfte zwischen cives Romani und freien Peregrinen noch öfter gedacht.[29])

Ein ähnliches Verhältniß waltet ob bezüglich der Rechtsgeschäfte, die auf Realcredit gestellt werden: weder das pignus als dingliches Recht, noch die Hypothek ist dem römischen Rechte des ciceronianischen Zeitalters bekannt; die fiducia dagegen, welche in Form des revocabeln Eigenthumes jenen Realcredit gewährt, gehört dem ius civile an; so daher war der ganze Vermögensverkehr mit Peregrinen, sobald er Realsicherheit beanspruchte, darauf angewiesen, zu der in den peregrinen Rechten hierfür gegebenen Rechtsinstitution seine Zuflucht zu nehmen. Und das Recht der hellenistischen Länder bot hierfür die ὑποθῆκαι die wir in den in not. 13. betrachteten Fällen, wie bei Cic. ad Fam. XIII, 56, 2. vorfinden.[30])

Bringen wir nun diese historischen Züge des internationalen Rechtsverkehres in Verbindung mit jenen Gesetzen, welche die in §. II—XIII. dargestellte Theorie von den Principien der Herrschaft der Rechte über die Person, wie von der Collision der Rechte ergab, so erkennen wir, wie jene Erscheinungsformen dieser Theorie entsprechen mit Ausnahme des einen Umstandes, daß obligatorische Rechtsgeschäfte, die zwischen cives Romani und Peregrinen zu Rom geschlossen werden, dem ius peregrinorum überwiesen erscheinen, während dieses selbst solche Competenz ablehnte (§. XIII. unter 2a.). Allein diese Erscheinung findet ihre theoretische Rechtfertigung darin, daß in diesen Fällen der freie Wille der Contrahenten die Unterordnung des Rechtsverhältnisses unter ein demselben an sich fremd stehendes Recht begründet, demnach also ein Compromiß zwischen den Parteien über ein bestimmtes Recht statt hat, welchem das Lebensverhältniß zur juristischen Normirung überwiesen wird, und daß die Römer die Statthaftigkeit solchen Compromisses ebenso anerkennen, wie das Compromiß auf ein bestimmtes Forum.[31]) Und gleichwie nun solches Compromiß auch

29) Vergl. Cic. Phil. II, 37, 95. 96. — Cic. Phil. II, 38, 97. V, 4. und bei Non. Marc. p. 153. G.: pro negotiatoribus Achaeis syngrafas, quas nostra voluntate conscripsimus.

30) Bei Cic. ad Fam. cit. wird dem M. Cluvius, civ. Rom. um 370 von dem Philocles aus Alabanda, libera civitas in Carien wegen eines Darlehns Hypothek an einem Fundus Alabandensis bestellt.

31) Vergl. Savigny, System §. 369.

dann anzuerkennen ist, wenn die Contrahenten durch Verabredung eines anderen Erfüllungsortes als des Ortes des Vertragsabschlusses das Rechtsverhältniß unter die Herrschaft des Rechtes des Erfüllungsortes versetzen, und gleichwie diese derogatorische Verabredung aufrecht erhalten, wenn gleich auch durch Fiction mit der allgemeinen Regel in Einklang gebracht wird, (vgl. §. III.), so kann nun auch solches stillschweigend oder ausdrücklich vereinbarte Compromiß allein die Collision der Rechte lösen, die wir in §. XIII. unter b. constatirten, oder jenen Mangel einer Rechtsnorm für ein gegebenes Lebensverhältniß ersetzen, der in dem Falle von §. XIII. unter 2a. zu Tage trat. Insoweit dagegen als hier der Natur der betreffenden Rechtsverhältnisse nach ein Compromiß überhaupt nicht möglich war, konnte consequenter Weise ein Particularrecht überhaupt nicht Anwendung erleiden, vielmehr lediglich das ius gentium Platz greifen.

Dagegen in den in §. XIII. unter a. constatirten Collisionsllen f mußte selbäst verständlicher Weise die römische Anschauungsweise das Uebergewicht behaupten und die betreffenden Rechtsverhältnisse dem ius civile Romanorum zur Normirung unterstellt werden.

---

Leipzig, Druck von Giesecke & Devrient.

## Beilage XVII.

### Die Theorie der Rhetorik von der Interpretation der Gesetze und Rechtsgeschäfte.

#### § I.

Die historischen und systematischen Ausgangspunkte der Theorie.

Die Rhetorik der Römer nimmt, gleich der Philosophie, ihren Ausgang von der Lehre der Griechen: Theorie, System und Methode der Letzteren sind es, welche zuerst von griechischen, wie lateinischen Rhetoren nach Rom verpflanzt werden und hier für alle späteren Zeiten einen maaßgebenden Einfluß auf die römische Rhetorik sich bewahren[1]). Den Zeitpunkt solchen Eindringens jener Disciplin nach Rom markirt das Ausweisungs-Decret, welches im J. 593 vom Senat wider die griechischen Rhetoren erlassen und im J. 662 von den Censoren wider griechische und lateinische Rhetoren erneuert ward[2]);

1) Wegen des Einflusses der griechischen auf die römische Rhetorik vgl. Westermann, Gesch. der röm. Beredtsamkeit § 28 fg. 55 fg. Bernhardi, r. Litter. § 121., Piderit in N. Jahrb. f. Philol. 1860. LXXXII, 508. fg. u. zu Cic. de Orat. Einl. I § 4. 7. Spengel in Rh. Mus. für Philologie 1863. N. F. XVIII, 481 fg. — Wegen der latini rhetores: Suet. de Rhet. 1. — Literarische Vorarbeiten für das systematische Material bieten Ernesti, lexicon technologiae Graec. rhetor. u. Latin. rhetor. Piderit, de Hermagora rhetore, Hersfeld 1839, sowie zu Cic. de Orat. Einl. II., Kayser, Cornific. Rhet. ad Her., Volkmann, Hermagoras.

2) Suet. de Rhet. 1. Gell. XV, 11. Cic. de Orat. III, 24, 93. Dialog. de Orat. 35. Der erste lateinische Rhetor zu Rom war L. Plotius Gallus: Sen. Contr. II. praef. 5. Suet. de Rhet. 2. Quint. II, 4, 42. vgl. Westermann a. O. § 30, 12.

die Naturalisation aber der Rhetorik in der römischen Wissenschaft datirt von der ersten Hälfte des siebenten Jahrh. d. St., wo ihre literarische Behandlung beginnt und zwar durch M. Porcius Cato und M. Antonius Orator eröffnet wird [3]).

Die Schrift Cato's über die Rhetorik, indem sie einen Theil seiner Praecepta ad Marcum filium bildete, verfolgte jedoch, der Gesammttendenz dieses Werkes entsprechend, lediglich die Aufgabe, in kurzer Uebersicht dem orator praktische Regeln an die Hand zu geben [4]), und damit namentlich für denselben auch den Unterricht der griechischen oder lateinischen Rhetoren entbehrlich zu machen, daher sie ein theoretisches System der Rhetorik sicher nicht enthielt, wie dies auch Quint. (A. 3) in den Worten andeutet: condidit aliqua in hanc materiam. Demnach ist, wie auch dies Quint. l. c. bezeugt, der erste Römer, der ein geordnetes System der Rhetorik schrieb, M. Antonius Orator [5]).

Die systematischen Grundbegriffe aber, welche die wesentlichen Voraussetzungen für die römische Theorie von der Interpretation der Gesetze bilden, sind folgende:

Das rhetorische Thema mit einem concreten Controverspunkte: causa, ὑπόθεσις, definita oder finita quaestio [6]) wird gegeben durch zwei einander entgegenstehende Streitsätze: die

---

3) Quint. J. O. III, 1, 19.: Romanorum primus, quantum ego quidem sciam, condidit aliqua in hanc materiam M. Cato ille Censorinus, post M. Antonius inchoavit.

4) Auct. de Adtr. neg. in Rhet. lat. min. 308, 25. H. Drumann, Gesch. Roms V, 144. Jahn in Ber. d. sächs. Ges. der Wiss. Phil. hist. Cl. II, 263. fg. Jordan, Caton. reliqu. p. XCIX.

5) M. Antonius Orat. ist geb. 611, gest. 667; vgl. über ihn Drumann, a. O. I, 60. no. 10. Westermann, a. O. § 46—48. Bernhardi, r. Litt. A. 154. 565. Piderit, Cic. de Orat. Einl. I § 11. Sein unvollendet gebliebenes Werk führte wahrscheinlich den Titel de ratione dicendi; sein System s. § II.

6) Causa: Cic. de Orat. II, 19, 78. 31, 133 fg. III, 28, 109. 29, 111. Part. Or. 18, 61. Quint. III, 5, 7. vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 11. unter III. Definita quaest. z. B. Cic. Top. 24, 92. Finita quaest. z. B. Quint. III, 5, 4. Ὑπόθεσις: Hermag. nach Quint. III, 5, 7. 18. Cic. de Inv. I, 6, 8. Top. 21, 79. Alex. Mat. Rhet. III, 1. Sp. Im Allgemeinen vgl. Victorin. in Cic. Rhet. p. 179 H.: causa est, quae nascitur ex quaestione.

intentio oder accusatio oder *κατάφασις*: den initiativen, und die depulsio, defensio, negatio, infitiatio oder *ἀπόφασις*: den widersprechenden Streitsatz [7]; und diese Streitsätze ergeben, wie die causa, so auch zugleich die Streitfrage: quaestio, *ζήτημα*, *ζήτησις* [8]. Daher z. B. die intentio: iure occidit Opimius Gracchum und die depulsio: non iure occidit Opim. Gracch. sich zuspitzen auf die quaestio: iurene occidit Opim. Gracchum? und als causa ergeben: caedes, quam fecit Opimius in Gracchum.

Jedes logische Urtheil unterliegt nun, nach Aristoteles je nach den möglichen Arten des Setzens im Urtheile ebenso viel verschiedenen Kategorieen. Dieser Satz gilt daher auch für die rhetorische intentio, depulsio und quaestio; alle diese, da sie logische Urtheile sind, unterfallen zunächst den philo-

7) Intentio — depulsio: Cic. de Inv. I, 8, 13. Quint. III, 6, 17. 19. 20. Fortun. I, 2. Intentio — infitiatio: Auct. ad Her. I, 17, 27. Intentio — negatio: August. Rhet. 11. Accusatio — defensio: Auct. ad Her. I, 16, 26. *Κατάφασις* — *ἀπόφασις*: Fortun. I, 2. August. 11. Sopat. in Hermog. V, 77. 78. W. Vgl. auch A. 8. 11. — Diese rhetorische intentio ist etwas ganz Anderes, als die processualische intentio actionis.

8) Cic. de Inv. I, 8, 10.: quaestio, ex qua causa nascitur; 13, 18: quaestio est ea, quae ex conflictione causarum gignitur controversia; Quint. III, 6, 7: quaestio — constat — ex intentione et depulsione; Victorin. in Cic. p. 179 H.: quaestio est vox intentionis et negationis; August. 11: ex his duobus: dicto et responso vel intento et negato media nascitur quaestio; vgl. Quint. III, 11, 1 fg. *Ζήτησις*: Hermog. Rhet. 2. Sopat. in Herm. V, 77. fg. W.; *ζήτημα*: Hermog. Rhet. 1. Quint. III, 11, 4. Vgl. A. 11. — Dadurch, daß die quaestio auf die Anschuldigungsgründe der intentio und die Rechtfertigungsgründe der depulsio sich richtet und so eine concretere Fragstellung annimmt, specialisirt sie sich zur iudicatio: Auct. ad Her. I, 16, 26. Quint. III, 11, 4. (obwohl Cic. de Inv. I, 13, 18. wieder sagt: iudicatio est, quae ex infirmatione et confirmatione rationis nascitur controversia), oder disceptatio: Cic. Part. Or. 30, oder qua de re agitur: Top. 25, 95, oder de quo contenditur: August. 13, oder *κρινόμενον*: Auct. ad Her. I, 16, 26. Cic. Top. 25, 95. Orat. 36, 126. Quint. III, 11, 4. Fortun. I, 2. Hermog. Rhet. I, 2. Anonym. prol. ad Herm. VII, 22. W. — Das *ζήτημα πολιτικόν* des Hermog. Rhet. 1. ist die rhetorische Streitfrage überhaupt im Gegensatz zu den Problemen und Controversen anderer Disciplinen, vgl. Sopat. in Hermog. IV, 64. Anonym. in Hermog. VII, 112 fg. Syrian. Schol. in Herm. IV, 200. W.

sophischen Kategorieen. Allein dieser Sachverhalt hat keinen rhetorischen, sondern lediglich einen philosophischen Denkwerth, da er keine für die Rhetorik im Besonderen wichtige oder verwerthbare Wahrheit bietet. Wohl aber gewinnt die Kategorie einen besonderen Werth für die Rethorik darin, daß, indem die depulsio der intentio widersprechend entgegentritt, dieser Widerspruch nun eine der mehreren Kategorieen im philosophischen Sinne trifft, denen die intentio unterliegt [9]), und damit zugleich die Formulirung der quaestio ganz unmittelbar bestimmt. Hiermit gewinnt in Wahrheit die durch die depulsio verneinte Kategorie der intentio einen specifisch rhetorischen Denkwerth und sie qualificirt sich damit zur rhetorischen Kategorie: constitutio, status, *στάσις* [10]). Der Status ist somit diejenige Kategorie, welche durch die depulsio in der intentio verneint wird und in Folge dessen die Conception der quaestio entsprechend bestimmt, somit also die rhetorische Kategorie oder, so ungefähr, der Streitpunkt [11]).

---

9) So z. B. dafern die intentio lautet: Lucius ist der Dieb der Opferschale, und die depulsio das logische Subject negirt: nicht Lucius, sondern ein Anderer ist der Dieb, so ist dies Verneinung der philos. Kategorie der *οὐσία*; negirt sie aber das logische Prädicat: Lucius ist nicht Dieb, sondern Vindicant (im Sinne von: ubi rem meam invenio, ibi vindico), so ist dies Verneinung einer der mehreren logischen Kategorieen des *συμβεβηκός*.

10) Eine terminologische Beschränkung des Ausdruckes setzte Hermagoras, worüber s. § II.

11) Mißlungene Etymologieen bieten: Quint. III, 6, 4. Isid. Orig. II, 5, 1. Hermog. Rhet. 1 fin., Minucian. bei Sopat. in Hermog. V, 76. 77. Syrian. u. Sopat. in Schol. in Hermog. IV, 34 fg. 198 fg. W. Mangelhafte Definitionen sind: Hermagor. bei Quint. III, 6, 21: status est, per quem subiecta res intelligatur et ad quem probationes etiam partium referantur; Quint. III, 6, 21: quod esset in causa potentissimum et in quo maxime res vertitur; § 2: quod ex quaestione apparet; noch mangelhafter sind: Auct. ad Her. I, 11, 18: constitutio est prima deprecatio defensionis cum accusatoris insimulatione coniuncta; die Rhetoren bei Quint. III, 6, 20: statum esse id, quod appareat ex intentione et depulsione; Cic. de Inv. I, 8, 10: constitutio est prima conflictio causarum ex depulsione intentionis profecta, wozu vgl. Quint. III, 6, 11; Top. 25, 93: refutatio — accusationis, in qua est depulsio criminis, — appellatur — status; in quo primum insistit quasi ad repugnandum congressa defensio, wozu vgl. Quint. III, 6, 13; Part. Orat. 29, 102:

Nach Quint. J. O. III, 6, 23. 24. 28 sind nun die rhetorischen Kategorieen gewonnen theils durch eine Auswahl aus den philosophischen Kategorieen des Aristoteles [12]), theils durch Setzung neuer, vom Letzteren nicht anerkannter Kategorieen. Und zwar sind zunächst dem Aristoteles entlehnt die Kategorie des logischen Subjectes: die *οὐσία* oder das *τί ἐστι*, welche in der Rhetorik die Bezeichnung empfängt: Quid sit? *τί ἐστιν;* de eodem et altero, *περὶ τοῦ αὐτοῦ καὶ θατέρου*, constitutio oder status definitivus, finitivus, legalis, legitimus, nominis, *στάσις ὁρική*, definitio, finitio, finis, proprietas, *ὅρος, ἰδιότης, κατ' ἔννοιαν* und dergl. [13]); ingleichen von den

---

status — quasi conflictio cum adversario; Cassiod. Rhet. 4: status dicitur ea res, in qua causa consistit; Sopat. in Hermog. V, 77. W.: *στάσις ἐστὶ φάσις* (i. e. *καὶ ἀπόφασις καὶ κατάφασις*) *τοῦ ἢ πεπρᾶχθαι ἢ κληθῆναι ἢ ποιότητος ἐξέτασις·* Syrian. in Schol. in Herm. IV, 200. W.: *στάσις ἐστὶ πρότασις ἁπλῆ ῥητορικὴ πρὸς ἀπόδειξιν κομιζομένη μιᾶς φάσεως τῶν ἐν τῷ πολιτικῷ ζητήματι κειμένων, καθ' ἣν ἡ διαίρεσις γίνεται τῶν κεφαλαίων, τῶν πρὸς πίστιν κομιζομένων* u. das. p. 34: *στάσις καλεῖται ἡ ἐν δικαστηρίοις ἀμφισβήτησις.* Geradezu wahrheitswidrig ist aber Cic. de Inv. I, 8, 10: quaestionem, ex qua causa nascitur, constitutionem appellamus, da hier die constitutio mit der quaestio identificirt wird, wie dies auch ausdrücklich besagt Anonym. de Stat. V, 592. W.: *ὃ ζήτημα τοῦτο καὶ στάσις, καὶ ὃ στάσις τοῦτο καὶ ζήτημα*, und worauf auch beruht, daß gewisse Rhetoren für status die Bezeichnungen quaestio oder generalis quaestio verwendeten: Quint. III, 6, 2. vgl. § 55. Theodor. nach Quint. III, 6, 2. 21. 11, 3. August. 12. sagte *κεφάλαιον γενικώτατον*; Menander bei Quint. III, 11, 27: *κεφάλαιον*; Hermog. Rhet. 1 braucht als Umschreibung: *κεφάλαιον τῶν ζητημάτων.* Vgl. auch Volkmann, a. O. § 4. 34 fg. Piderit a. O. II. § 2. Kayser zu Cornific. ad Her. cit. Ernesti, lex. graec. 314 fg. lat. 86 fg.

12) Vgl. über diese Strümpell, Gesch. d. theoret. Phil. d. Griechen § 119 und dazu Quint. III, 26, 28. 24. Victorin. in Cic. p. 183 H.

13) Quid sit? Cic. Orat. 14, 45. Quint. III, 6, 36. August. Rhet. 9. Quid factum sit oder fecerit? Quint. III, 11, 2. 6, 5. Quo nomine vocetur? Cic. de Orat. I, 31, 139. *Τί ἐστιν;* Marcell. in Hermog. IV, 209. Jos. Racend. III, 487. W. *Περὶ τοῦ αὐτοῦ καὶ θατέρου* oder de eodem et altero: Archedem. bei Quint. III, 6, 31. 37. Cic. bei dems. VII, 3, 8. August. Rhet. 9. constitutio oder status definitivus oder finitivus: Cic. de Inv. (s. § II), Quint. III, 6, 5. Fortunat. I, 13. *στάσις ὁρική*: Hermog. Rhet. 2. constitutio oder status legitima oder legalis: Auct. ad Her. (s. § II), Quint. III, 6, 45. status nominis: Cic. de Inv. (s. § II), *κατ' ἔννοιαν*: Posidon. bei Quint. III, 6, 37, *περὶ τῆς*

neun Kategorieen des logischen Prädicates oder des συμβεβηκός: dem ποσόν, ποιόν, πρός τι, ποῦ, ποτέ, κεῖσθαι, ἔχειν, ποιεῖν und πάσχειν die drei ersten: das ποσόν ergiebt den status quantitatis oder ἀξίας, der wiederum sich spaltet in den des Quantum sit und Quam multum sit[14]? das ποιόν giebt die rhetorische Kategorie des Quale sit oder An recte factum sit? ὁποῖόν τί ἐστι; oder der qualitas, ποιότης, κατὰ συμβεβηκός, oder die constitutio oder status generalis, iuridicialis, στάσις δικαιολογικός[15]; endlich das πρός τι ergiebt den Status Ad aliquid sit? oder comparationis[16]. Sodann aber stellt daneben die Rhetorik als neue, der Philosophie unbekannte Kategorieen auf theils den Status des Quo modo sit oder An induci in iudicium debeat? oder translativus oder dergl., translatio, reprehensio, μετάληψις, μετάστασις[17]; theils die Kategorie der logischen Copula des Urtheiles: das An sit? εἰ ἔστι; constitutio oder status coniecturalis, infitialis, realis, facti, περὶ τῆς οὐσίας, coniectura, stadium

---

ἰδιότητος: Theod. nach August. Rhet. 9. definitio: Auct. ad Her. I, 11, 19. Cic. de Inv. I, 40, 116. finitio: Quint. III, 6, 5. 46. 82. 86. 103. finis: Fortunat. I, 11. proprietas: Quint. III, 6, 53. ἰδιότης: Quint. III. 6, 53. 56. ὅρος: Hermogen. Rhet. 4.

14) Quantitas: Quint. III, 6, 38. 42. 51. 53. VII, 4, 15. ἀξία: Quint. III, 6, 53. Quantum sit? Theodor. u. A. bei Quint. III, 6, 36. 48. 49. 51. 90. Quam multum sit? Arist. Rhet. I, 13, 9. Posidon. bei Quint. III, 6, 37. 90.

15) Quale sit? Cic. Orat. 14, 45. Cels. bei Quint. III, 6, 38. Quint. cit. § 36. An recte factum sit? Quint. III, 11, 2. vgl. Cic. de Orat. I, 31, 139. Ὁποῖόν τί ἐστι; Marcell. in Hermog. IV, 209. Jos. Racend. III, 487. W. Qualitas: Fortunat. I, 11. ποιότης: Hermog. Rhet. 2. κατὰ συμβεβηκός: Hermag. nach Quint. III, 6, 56. constitutio oder status iuridicialis: Cornif. (s. § II), vgl. Cic. Top. 24, 92. Quint. III, 6, 33. oder generalis: Cic. de Inv. (s. § II), στάσις δικαιολογικός: Quint. III, 6, 33.

16) Ad aliquid sit? Posidon. u. A. bei Quint. III, 6, 36. 37. 51. 90. comparatio: Quint. III, 6, 53. 54.

17) Quo modo sit? Posidon. bei Quint. III, 6, 37. An induci in iudicium debeat? August. Rhet. 9. constit. translativa: Cic. de Inv. (s. § II); translativa, transpositiva, transsumptiva quaestio: Quint. III, 6, 46. translatio: Cornific. (s. § II); reprehensio: August. 10. μετάληψις: Hermag. (s. § II), Hermog. Rhet. 8. μετάστασις: Quint. III, 6, 53.

*στοχασμός, γένεσις, σταδιασμός*[18]; theils endlich[19]) die status oder quaestiones legales oder legitimae disceptationes oder capita minora: An iure actio intendatur? welche ebenso das logische Subject und Prädicat, wie die Copula betreffen[20]), und denen nun mitunter auch gewisse Fälle der definitio: die definitio legalis, wie auch die translatio eingeordnet werden, deren im Uebrigen aber höchstens vier sind, nämlich scriptum et voluntas, scriptum et sententia, verba et sententia, *ῥητὸν καὶ διάνοια* oder *ὑπεξαίρεσις*[21]); sodann ambiguitas,

---

18) An sit? Cels. u. A. bei Quint. III, 6, 38. 48. Aug. Rhet. 9. Sitne? Cic. Orat. 14, 45. An facta sit? An fiat? An futura sit? u. dgl. Quint. III, 6, 40. VII, 2, 1. fg. III, 6, 5. 11, 2. Cic. de Orat. I, 31, 139. *Εἰ-ἔστι*; Marcell. in Hermog. IV, 209. Jos. Rac. III, 486. W. Constit. oder status coniecturalis: Cornif. u. Cic. de Inv. (s. § II), Quint. III, 6, 5. infitialis: Quint. III, 6, 15. 32. vgl. Cic. Top. 24, 91. realis: Victorin. in Cic. 180, 20. H., facti: Cic. de Inv. (s. § II); coniectura: Quint. III, 6, 5. Fortun. I, 11. stadium: Victorin. in Cic. 180, 22. H. *στοχασμός*: Hermog. Rhet. 2. 3. Quint. III, 6, 56. *γένεσις*: Quint. III, 6, 53. *σταδιασμός*: Victorin. in Cic. 180, 21. H. *περὶ τῆς οὐσίας*: Theodor. nach August. Rhet. 9.

19) Außer den obengenannten stellt noch einen weiteren Status auf Athenaeus bei Qint. III, 6, 47: die *προτρεπτική στάσις*.

20) An iure actio intendatur? Quint. III, 6, 83. status legales: Quint. III, 6, 67. 89. *στάσεις νομικαί*: Hermog. Rhet. 2. legitimae disceptationes: Cic. Top. 25, 95. quaestiones legales: Quint. III, 6, 55. 61. 89. *ζητήσεις νομικαί* s. § II sub A I. capita minora: Quint. III, 6, 89. Den Gegensatz bilden die übrigen status: *στάσεις* im eigentlichen Sinne (s. §. II sub A I) od. *στάσεις λογικαί*: Hermog. Rhet. 2. status rationales: Quint. III, 6, 55. 67. 86. vgl. auch Quint III, 5, 5. u. dazu 6, 37. — Ueber das logische Verhältniß der status legales zu den rationales: Quint. III, 6, 88. 89. 103. vgl. Syrian. Sopat. et Marcell. IV, 797 fg. Anonym. VII, 635. fg. W.

21) Discrepantia scripti et voluntatis: Cic. Top. 25, 96. Scriptum et voluntas: Rhetoren bei Quint. III, 6, 43. 46. u. Quint. cit. § 66. 88. 98. 99. 103. VII, 6. Victor. in Cic. Rhet. p. 193 H. Fortunat. I, 22. 23. II, 10. August. 11. Sulp. Vict. 24. 61. Jul. Vict. III, 1. 11. 14. IV, 8. Cassiod. 4. 6. Isid. Orig. II, 5, 9. Scripti sententiaeque contentio: Cic. Or. Part. 31, 108. Scriptum et sententia: Auct. ad Her. I, 11, 19. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 33, 103. 40, 116. Quint. III, 6, 46. 72. Verba et sententia: Mart. Cap. V, 15. *Κατὰ ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσιν*: Hermag. nach Quint. III, 6, 61. *Κατὰ ῥητὸν καὶ διάνοιαν*: Quint. III, 6, 46. *Ῥητὸν καὶ διάνοια*: Hermog. de Stat. 2. Augustin. 11. Jul. Vict. III, 11.

ambiguum, ἀμφιβολία[22]); ferner ratiocinativus oder collectivus status, ratiocinatio, collectio, ratiocinativum, συλλογισμός[23]); endlich contrariae leges, contraria scripta, ἀντινομία[24]).

## § II.

### Die Stellung der Theorie von der Interpretation in den rhetorischen Systemen.

Theils nach der Zahl der verschiedenen rhetorischen Status, welche der betreffende Rhetor anerkennt, theils nach der dafür gesetzten Classification und der verschiedenen Ordnung jener Status in Ober- und Untereintheilung ergeben sich die verschiedenen rhetorischen Systeme. Für die hier maaßgebenden Zwecke ist es indeß entbehrlich, eine Reconstruction aller der rhetorischen Systeme hier zu versuchen, von denen uns Kunde geworden ist; vielmehr genügt die Darlegung der historisch wichtigsten Systeme und auch dies nur in der Weise, daß lediglich deren Obereintheilungen und nur bezüglich der status

---

22) Ambiguitas: Rhetoren bei Quint. III, 6, 43. 46. Quint. cit. § 66. Vict. in Cic. Rhet. p. 193 H. Fortun. I, 22. 24. II, 11. August. 11. Sulp. Vict. 24. Jul. Vict. III, 1. 11. 12. IV, 10. Cassiod. 4. 6. Isid. Orig. II, 5. 9. 10. Ambiguum: Auct. ad Her. I, 11, 19. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 40, 116. Top. 25, 96. Ἀμφιβολία: Hermog. de Stat. 2. Quint. III, 6, 46. 88. August. 11. Jul. Vict. III, 11. Mart. Cap. V, 15.

23) Status ratiocinativus: Rhetoren bei Quint. III, 6, 43. 46. VII, 8, 3. od. collectivus: Quint. III, 6, 46. 66. Fortun. I, 25. II, 11. Jul. Vict. III, 15. IV, 11. Ratiocinatio: Auct. ad. Her. I, 11, 19. Cic. de Inv. II, 40, 116. Quint. III, 6, 72. Victor. in Cic. Rhet. p. 193 H. Cassiod. 4. 6. Isid. Orig. II, 5, 9. 10. Collectio: Quint. III, 6, 87. Victor. in Cic. Rhet. p. 193 H. Fortun. I, 22. August. 11. Sulp. Vict. 24. Jul. Vict. III, 1. 11. 15. Cassiod. 4. 6. Isid. Orig. II, 5, 9. 10. Ratiocinativum: Cic. de Inv. I, 13, 17. Quint. III, 6, 61. Συλλογισμός od. syllogismus: Hermog. de Stat. 2. Quint. III, 6, 43. 46. 88. 99. 103. VII, 3, 11. 8, 1. August. 11. Jul. Vict. III, 11. Mart. Cap. V, 16.

24) Contrariae leges, leges contrar.: Auct. ad Her. I, 11, 19. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 40, 116. Rhetoren bei Quint. III, 6, 43. 46. Quint. cit. § 66. 88. Victor. in Cic. Rhet. p. 193 H. Fortun. I, 22. 23. II, 10. August. 11. Sulp. Vict. 24. 62. Jul. Vict. III, 1. 11. 13. IV, 9. Cassiod. 4. 6. Isid. Orig. II, 5, 9. Mart. Cap. V, 15. Scripta contraria: Cic. Top. 25, 96. Part. Orat. 31, 108. Ἀντινομία od. antinomia: Hermog. de Stat. 2. Quint. III, 6, 46. VIII, 10, 2. August. 11. Jul. Vict. III, 11.

legales auch die Untereintheilungen angegeben werden. Jene Systeme aber treten in vier Gruppen auf: A. des älteren Hermagoras, adoptirt von Cic. de Inv. (ältestes ciceronianisches System), wie von Sulpic. Victor und Jul. Victor; B. das System von Cic. Top. und Orat. (jüngstes ciceronianisches System) und C. Albutius Silus, modificirt von Quint. in dessen jüngerem Systeme, wie von Fortunat.; C. das System des M. Antonius Orator, adoptirt von Cornificius und Verginius, sowie mit gewissen und zwar wesentlichen Modificationen von Cic. de Orat. und Part. Orat. (mittleres ciceronianisches System); endlich D. das System des Hermogenes. Jene Systeme selbst aber beruhen in ihren Grundzügen auf folgenden Ordnungen:

### A. Die hermagoräischen Systeme.

I. Hermagoras statuirt acht status [25]) und zwar

A. Das *λογικόν* mit 4 *στάσεις* im eigentlichen Sinne (status rationales, qui habent rei vel facti quaestionem oder de re):

1. *στοχασμός* (coniectura)
2. *ὅρος* (definitio)
3. *κατὰ συμβεβηκός* (qualitas)
4. *μετάληψις* (translatio).

B. Das *νομικόν* mit 4 (quaestiones legales, quae legis et iuris continent disceptationem oder de scripto), wohl *ζητήσεις νομικαί* genannt [26]), nämlich

1. *κατὰ ῥητὸν καὶ ὑπεξαίρεσιν*

---

25) Dies System bieten: Cic. de Inv. I, 9, 12. 11, 16. Quint. III, 5, 4. 6, 53. 55—57. 60. 61. IX, 2, 106. vgl. III, 6, 3. 21. Fortunat I, 11, 22. August. Rhet. 9. 10. 11. Schol. in Hermog. V, 79. W. vgl. Piderit, de Hermagora 27 fg. — Wenn Sopat. in Hermog. V, 8. W. dem Hermagoras 5, und derselbe V, 79., wie Schol. in Aphthon. II, 683 W. wiederum 7 Status beimessen, nämlich *στοχασμός, πραγματική, ποιότης, νομική, δικαιολογία, μετάληψις ἔγγραφος* und *ἄγραφος*, so beruht entweder diese Zählung auf einer Vermischung von Ober- und Untereintheilungen und somit auf einer Confusion, oder sie bezieht sich, wie Piderit a. O. 28 annimmt, auf einen anderen Hermagoras.

26) Die Bezeichnung *νομικὴ ζήτησις* braucht als technische Marcellin. in Schol. ad Hermog. Stat. IV, 799. fg. W.

2. συλλογισμός
3. ἀμφιβολία
4. ἀντινομία.

II. Cicero adoptirt dieses System [27]) in der ersten Periode seiner rhetorisch-literarischen Thätigkeit: in de Inv. (ungefähr v. 668), jedoch mit der Modification, daß er den 4 quaestiones legales noch die definitio legalis beifügt. So nun tritt solches System in folgender Terminologie auf:

A. Die constitutio, welche Platz greift bei der controversia, que in ratione i. e. non in scriptione, sed in aliqua argumentatione consistit, zerfällt in 4 partes [28]):
1. coniecturalis constit.: facti quaestio
2. definitiva constit.: nominis quaestio
3. generalis constit.: generis quaestio
4. translativa constit.: actionis quaestio.

B. Die scripti controversiae zerfallen in 5 genera [29]):
1. de scripto et sententia
2. ex contrariis legibus
3. ambiguum
4. ratiocinativum
5. definitivum.

III. Das System des Hermagoras unter I ist angenommen von Sulp. Vict. J. O. 24, wie von Jul. Vict. Ars rhet. III.

B. Das jüngste ciceronianische System.

I. Dieses System, welches Cic. de Orat. I, 31, 139. 140. bereits referirt, ohne es jedoch damals zu adoptiren, wird von Cicero vorgetragen im Orat. (708) [30]), wie in Top. (710) und lautet hier so:

---

27) Quint. III, 11, 18. vgl. 6, 58.

28) de Inv. I, 8—11. II, 4, 14—c. 39. Victorin. in Cic. p. 179. fg. 260 fg. H. vgl. Westermann, Gesch. d. röm. Beredtsamk. 328.

29) de Inv. I, 13, 17. II, 40—51, 154. Victorin. in Cic. p. 193. 290. fg. vgl. Quint. III, 6, 50.: legales quoque quaestiones — — tractat sc. Cicero) ut species actionis.

30) Orat. 34, 121. 14, 45. 36, 126.: A. rei controversiae: 1. sitne? od. de vero; 2. Quid sit? od. de nomine; 3. Quale sit? od. de recto.

A. status[31]):
1. infitialis aut coniecturalis: non esse factum
2. definitivus: aliud eius facti nomen esse
3. iuridicialis: iure esse factum.
B. legitimae disceptationes[32]):
1. ambiguum
2. discrepantia scripti et voluntatis
3. scripta contraria.

II. Dieses System adoptirte C. Albutius Silus mit theilweis veränderter Terminologie nach Quint. III, 6, 62.

III. Dieses System ward mit der Modification, daß zu den status legales als vierter noch die ratiocinatio gefügt ward, vertreten von verschiedenen ungenannten Rhetoren bei Quint. III, 6, 54, wozu vergl. § 56., Cic. de. Orat. I, 31, 139. 140, sowie von Quint. selbst III, 6, 67—90, wozu vergl. § 91—104. III, 5, 4. VII, 2—10. VIII, prooem. 10, der überdem die finitio ebenso als status rationalis, wie legalis anerkennt: III, 6, 89[33]).

IV. Das System unter III ward von Fortunat. Ars rhet. I, 11—26. wozu vgl. II, 10. 11. dahin modificirt, daß den vier status legales noch die translatio und definitio beigefügt ward.

---

B. verborum controversiae: 1. de ambiguo, 2. de contrario. Der Thatbestand des ambiguum wird in § 121 cit. dahin bestimmt, daß der Redende ein zur vollen Deutlichkeit der Rede erforderliches Wort ausließ, und in Folge solcher Auslassung die gebrauchten Worte etwas Anderes besagen, als der Sinn des Redenden war, somit aber die gebrauchten Worte beiderlei: den eigenen Sinn und den des Redenden vertreten; hierunter aber ist offenbar das ambiguum im technischen Sinne, wie das scriptum et voluntas inbegriffen.

31) Top. 24—25, 94.

32) Top. 25, 95. 96.

33) Dies ist das jüngere System des Quint.; das ältere lautet nach J. O. III, 6, 66. 68. 83—86.: A. status generales: 1. status rationales: a. coniectura, b. qualitas, c. finitio; 2. status legalis. B. status speciales (zugleich partes des status legalis): 1. scriptum et voluntas, 2. leges contrariae, 3. collectivus stat., 4. ambiguitas, 5. translatio.

C. Das System des M. Antonius Orator.

I. Das System des M. Antonius Orator lautete nach Quint. III, 6, 45. 46 dahin: res, ex quibus omnes orationes nascuntur, sunt:

A. factum, non factum (d. i. coniectura)
B. ius, iniuria (d. i. finitio); hierunter fallen
1. finitio
2. leges contrariae oder *ἀντινομία*
3. scriptum et sententia vel voluntas oder *κατὰ ῥητὸν καὶ διάνοιαν*
4. translativa oder transpositiva oder transsumptiva quaestio oder *μετάληψις*.
5. ratiocinativus oder collectivus status oder *συλλογισμός*,
6. ambiguitas oder *ἀμφιβολία*.

C. Bonum, malum (d. i. qualitas).

II. Dieses System ward mit Veränderung der Bezeichnung von A B und C. als constitutio oder status coniecturalis, legitimus oder legalis und iuridicialis adoptirt von Cornificius: Auct. ad Her. I, 11—14. II, 9—12, wie von Verginius nach Quint. III, 6, 45.

III. Daran lehnt sich an das mittlere System Ciceros: in de Orat.[34]) (von 699) und Part. Orat.[35]) (von 704[36]), jedoch mit

---

34) de Orat. II, 24, 104—26, 113. 30, 137. III, 19, 70, wozu vgl. Quint. III, 6, 44. 80.: A. Quid factum sit, fiat futurumve sit? B. Quale sit? worunter insbesondere die controversia ex ambiguo im weitesten Sinne (s. A. 44); C. Quid vocetur?

35) Part. Orat. 29. 31. 32, 110. 36, 123. 37, 129. 38. 39.: A. coniectura; B. aequi et veri et humani ad ignoscendum disputatio (i. e. qualitas): 1. ambiguitas, 2. scripti sententiaeque contentio, 3. contraria scripta; C. definitio. Lediglich diese drei status legales erkennt auch an der Anonymus, Ars. rhet. I, 451, 15 fg. Speng.

36) Fischer, r. Zeittaf. 228, Orelli in Onomast. Tull. I, 125, Westermann, r. Beredtsamk. § 67. versetzen die Abfassung von Part. Orat. in das J. 708, sonach gleichzeitig mit dem Orator, dagegen Hand in Ersch u. Gruber Encycl. XVII, 211. in das J. 704. Jene erstere Datirung ist aber sicher unhaltbar: denn in de Orat. v. 699 einerseits u. Orat. v. 708 u. Top. v. 710 andrerseits treten zwei verschiedene rhetorische Systeme auf;

der Modification, daß nur drei quaestiones legales anerkannt werden: ambiguitas, scripti sententiaeque contentio und contraria scripta, und diese nicht als Unterarten der finitio oder dem status legalis, als vielmehr der qualitas oder dem status iuridicialis subsumirt werden, ein in systematischer Beziehung allerdings wesentlicher Differenzpunkt.

D. Das System des Hermogenes

findet sich in dessen Werk de Statib. II, 138—142. 168—170. Sp.[37]), sowie in dem überreichen Scholien-Apparat bei Walz[38]), und lautet hiernach dahin:

1. *στοχασμός*
2. *ὁρικὴ στάσις*
3. *ποιότης*:
   a. *λογική*:
      aa. *πραγματική*
      bb. *δικαιολογία*
   b. *νομική*
      aa. *ῥητὸν καὶ διάνοια* } *περὶ ἓν ῥητόν*
      bb. *συλλογισμός* } *περὶ ἓν ῥητόν*
      cc. *ἀντινομία* } *περὶ δύο ῥητὰ ἢ περὶ ἓν ῥητὸν εἰς δύο διαιρούμενον*
      dd. *ἀμφιβολία* } *περὶ δύο ῥητὰ ἢ περὶ ἓν ῥητὸν εἰς δύο διαιρούμενον*
4. *μετάληψις*.

§ III

Das Gebiet und die verschiedenen Fälle der Interpretation.

Die *νομικαὶ στάσεις* oder status legales der Römer betreffen nach der Theorie der griech. Rhetorik das *ῥητόν* im

---

da nun das System von Part. Orat. nicht mit diesem jüngeren, sondern mit jenem älteren Systeme identisch ist, so kann solche Schrift nicht gleichzeitig sein mit dem Orat., sondern muß letzterem vorausgehen d. h. zeitlich dem de Orat. sich annähern. Deßhalb kommt die Datirung von 704 sicher der Wahrheit näher, als die von 708.

37) Vgl. Westermann, gr. Beredtsamkl. 325.

38) Ueber die *νομικαὶ στάσεις* insbesondere Jos. Racend. III, 480. 488. Syrian. et Marcell. IV, 250 fg. 256. fg. 797 fg. Sopater V, 82 fg. 103 fg. 196 fg. Maxim. Plan. V, 229 fg. 231. 359 fg. Doxopat. VI, 32. Matth. Camar. VI, 610 fg. 627 fg. Proleg. VII, 23. 28. 31 fg. Anonym. VII, 209 fg. 635 fg. Sopat. VIII, 348 fg. Cyr. VIII, 398. W.

Gegensatze des *πρᾶγμα* oder factum der Römer, wo die *λογικαὶ στάσεις* oder die status rationales der Römer Platz greifen. Das *ῥητόν* ist aber an und für sich nicht bloß das geschriebene, sondern auch das gesprochene Wort, und dies erkennen auch die griechischen Scholiasten an, so namentlich

Syrian. IV, 252. W.: *ἰστέον δὲ ὡς τῶν ῥητῶν τούτων τὰ μὲν ἔγγραφα, τὰ δὲ ἄγραφα καλεῖται· ἔγγραφα μὲν οὖν νόμοι, διαθῆκαι, ψηφίσματα, στῆλαι· ἄγραφα δὲ, οἷον κηρύγματα, χρησμοὶ, ἔθη.*

Marcellin. IV, 254, W.: *τὸ ῥητὸν ὡς γένος εἶπεν, οὐ γὰρ εἴ τι τὸ ῥητὸν τυγχάνει, ἀλλ' ὅσα ἔγγραφα, μᾶλλον δέ ἐστιν ἃ καὶ ἄγραφα, ἐν λόγοις ἀγράφοις, μαντεῖαι, κηρύγματα καὶ ὅλως φωνή τις·*

Sopater V, 102. fg. Anonym. VII, 212. fg. W.

Dagegen fehlt diese ausdrückliche Beziehung des *ῥητόν* auf das Ungeschriebene bei

Hermog. de stat. II, 140. Sp.: *ῥητὰ δὲ λέγω, οἷον νόμους, διαθῆκαι, ψηφίσματα, ἐπιστολάς, κηρύγματα ὡρισμένα, πάντα ἁπλῶς τὰ ἐν ῥητοῖς.*

Sei es nun, daß die älteren griech. Rhetoren in der gleichen Weise, wie Hermogenes, das *ῥητόν* zwar nicht auf das Geschriebene beschränkten, doch aber bei ihren Untersuchungen lediglich Dispositionen in Betracht zogen, die in die Form der Schrift gekleidet wurden, oder sei es, daß sie unter dem *ῥητόν* ganz besonders auf das Geschriebene hinwiesen; immerhin tritt in der römischen Rhetorik an die Stelle des *ῥητόν* das scriptum. Dies ist der Fall, insofern zunächst Cornific. und Cic. das scriptum als den Ausgang aller status legales hinstellen [39]), nicht minder in der technischen Bezeichnung zweier dieser status

39) Auct. ad Her. I. 11, 19.: legitima constitutio est, quom ex scripto aliquid controversiae nascitur; Cic. de Inv. I, 12, 17.: considerandum est in ratione an in scripto sit controversia; nam scripti controversia est ea, quae ex scriptionis genere nascitur; 13, 17.: ratio est autem, cum omnis quaestio non in scriptione, sed in aliqua argumentatione consistit; II, 39, 115 fg.: nunc de iis controversiis, quae in scripto versantur, dicendum videtur. In scripto versatur controversia, cum ex scriptionis ratione aliquod dubii nascitur; de Orat. I, 31, 140.: existere — controversias etiam ex scripti interpretatione, u. ähnlich II, 26, 110.; endlich Part. Orat. 31, 107 fg. Als Beispiele des scriptum

als scriptum et voluntas oder sententia und scripta contraria (A. 21. 24), wie endlich in der Bezeichnung der Gegensätze von rigor und aequitas selbst durch scriptum und sententia oder dergl. (Thl. I § 8 III. § 1). Dennoch ist auch in der römischen Rhetorik solche Beschränkung der Interpretation auf das scriptum eine rein nominelle und zufällige: denn Cic. Orat. 34, 121 substituirt der controversia scripti geradezu eine controversia verbi und in p. Caec. 18, 51. wird das juristische Wort im Allgemeinen als Object der Interpretation hingestellt, während Quint. VII, 5, 6 sagt: quod de legibus dico, idem accipi volo de testamentis, pactis, stipulationibus, omni denique scripto; idem de voce [40]); nicht minder wird in de Orat. II, 26, 111 die ratiocinatio auf vel sermo vel scriptum erstreckt und von Quint. VII, 9, 14. 15. die ambiguitas auf scriptum vocemve, und in der Praxis wird auch die mündliche Willenserklärung der Interpretation unterworfen, so in p. Caec. die sponsio poenalis (Thl. I A. 23) oder in dem Proceß des Gratidianus wider den Orata ein durch die auctoritas Jurisconsultorum constituirter Rechtssatz (Thl. I § 50); und hiermit harmonirt auch, daß neben den obigen Gegensatz von scriptum und sententia auch die Bezeichnung von verbum und sententia und dergl. tritt (Thl. I § 8 Thl. III § 1). Vielmehr erklärt sich jene terminologische Beschränkung theils, wie obbemerkt, wahrscheinlich aus dem Einflusse griechischer Vorgänger, theils aber auch daraus, daß zu Cicero's Zeit die wichtigsten Rechtsgeschäfte, wie die legislativen Erlasse in der That schriftlich aufgezeichnet zu werden pflegten, somit die Interpretation regelmäßig ein Docu-

---

werden genannt theils lex, theils Richterurtheil, theils Rechtsgeschäfte, wie Testament, Stipulation und Caution, lex mancipationis: Auct. ad Her. II, 9, 13. Cic. Part. Orat. 31, 107. Top. 26, 96. Victorin. in Cic. Rhet. p. 290 H. Quint. VIII, 5, 6.

40) Vgl. auch Victorin. in Cic. Rhet. p. 193 H.: scriptum non tantum leges accipiamus, sed et senatusconsultum et testamentum et verba sola et multa huiusmodi; Jul. Vict. III, 14. Auch da, wo die definitio legalis als eigener Status neben der definitiva constitutio auftritt, ist die Beschränkung auf das scriptum unwesentlich, indem vielmehr die definitio legalis bei der juristischen Willenserklärung, die definitiva constitutio bei dem nicht in solcher inbegriffenen Denkobjecte Platz greift: Victorin. cit. p. 300.

ment vorfand, endlich aber auch beim rein mündlichen Rechtsgeschäfte um der Flüchtigkeit des gesprochenen Wortes willen der Interpretation nicht der gleich sichere Boden und die gleich häufige Veranlassung zum Eingreifen geboten ward, wie beim scriptum.

Demgemäß treten denn nun die status legales dann in einer causa hervor, wenn die depulsio diejenigen Dispositionen eines Rechtsactes negirt, auf welche die intentio sich stützt, oder, was dasselbe besagt, wenn die quaestio hervorgeht aus einer verschiedenen Partei-Interpretation eines Gesetzes oder Rechtsgeschäftes[41]. Die Vorbedingung aber, wie zugleich die Veranlassung der status legales oder auch der Interpretation liegt in der Beschaffenheit der betreffenden Willenserklärung und zwar in einer Mangelhaftigkeit derselben. Solche Mangelhaftigkeit selbst aber wird im Allgemeinen bezeichnet durch

dubium, so Cic. de Inv. II, 40, 116. (A. 39), Marcell. 29 Dig. (D. XXVIII, 4, 3. L, 17, 192. § 1.): in re dubia benigniorem interpretationem sequi; Gai. 3 de Leg. (D. L, 17, 56.): in dubiis benigniora praeferenda sunt; Pomp. 7 ad Sab. (D. L, 17, 20.); Ulp. 28 ad Ed. (D. XIV, 1, 1. § 20), Paul. 14 ad Plaut. (D. XXXIV, 5, 21.)[42];

obscurum: Ulp. 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1), 2 ad Sab. (D. XXVII, 1, 21. § 1.), 15 ad Sab. (D. L, 17, 9.): in obscuris, quod minimum est, sequimur; 26 ad Ed. (D. L, 17, 41. § 1.); Paul. 1 und 16 ad Plaut. (D. L, 17, 168. § 1. fr. 179.), 9 ad Ed. (D. L, 17, 114.); vgl. Cic. de Inv. II, 40, 116[43];

---

41) So z. B. Cic. de Orat. I, 31, 140. II, 26, 110. Part. Orat. 31, 107 fg. Marcell. in Schol. IV, 254 W.: *ἀλλ' εἴποι τις, ὅτι καὶ ἐν αλλαις* (sc. *λογικαῖς*) *στάσεσίν ἐστιν ῥητά· ἀλλ' οὐ περὶ ταῦτα ἡ ζήτησις, ἀλλὰ περὶ τὸ πρᾶγμα· ἐνταῦθα δὲ πᾶσα ἡ ἐξέτασις περὶ αὐτὸ τὸ ῥητὸν γίνεται, ζητούντων ἡμῶν εἰ τοῦτο ὁ νόμος βούλεται· εἰ δὲ καὶ ἐν πραγματικῇ εὑρίσκομεν νόμον καὶ ψηφισμάτων εἰσφορὰς, ἀλλ' ἐκεῖ μὲν περὶ τοῦ μέλλοντος ἡ σκέψις, πότερον δεῖ κυρῶσαι τὸ ἔγγραφον ἢ οὔ· ἐνταῦθα δὲ τὸ ῥητὸν κεκυρωμένον ἔχομεν καὶ κείμενόν ἐστι.*

42) Vgl. Brisson. de V. S. s. v.

43) Vgl. Brisson. de V. S. s. v. — In einem engeren Sinne umfaßt das obscurum alle Interpretationsfälle mit Ausschluß des ambiguum im technischen Sinne, so nach Quint. VII, 5, 5. 10, 2. Und so ist aufzufassen Papin. 5 Quaest. (D. II, 14, 39): pactionem obscuram vel ambiguam

**ambiguum** im weiteren Sinne, so Cic. de Orat. II, 26, 110 fg.[44]), Paul. 1 ad Nerat. (D. XXXII, 1, 25. § 1.), 6 Quaest. (D. L, 17, 85. pr.) Sever. Alex. bei Callistr. 1 Quaest. (D. I, 3, 38.), Leo et Anthem. in C. Just. VI, 61, 5. vgl. Serv. bei Cels. 19 Dig. (D. XXXIII, 10, 7. § 2.): ambigere. Und in gleichem Sinne ist auch zu fassen der Titel des Werkes von Julian. de Ambiguitatibus (Thl. III A. 650).

---

venditori — — nocere, sowie Harmenop. I, 15: *περὶ ἀσαφοῦς καὶ ἀμφιβόλου.*

44) Cicero sagt in § 110, daß bei der scripti interpretatio: nulla potest esse nisi ex ambiguo controversia; nam illud ipsum, quod scriptum a sententia discrepat, genus quoddam habet ambigui, quod tum explicatur, cum in verba, quae desunt, suggesta sunt, quibus additis defenditur sententiam scripti perspicuam fuisse; ex contrariisque scriptis si quid ambigitur, non novum genus nascitur, sed superioris generis causa duplicatur. Idque aut numquam diiudicari poterit aut ita diiudicabitur, ut referendis praeteritis verbis id scriptum, quodcumque defendemus, suppleatur. Ita fit, ut unum genus in eis causis, quae propter scriptum ambiguntur, relinquatur, si est scriptum aliquid ambigue; und fügt dann in § 111 bei: ambiguorum autem cum plura genera sunt, — tum illud est frequentissimum in omni consuetudine vel sermonis vel scripti, cum idcirco aliquid ambigitur, quod aut verbum aut verba sunt praetermissa; somit: die contentio ex scripti interpretatione fließt stets aus dem ambiguum her, insofern in allen solchen Fällen das gebrauchte Wort nicht exact die obwaltende Willensmeinung ausdrückt, und zwar der Redende ein oder mehrere Worte zu wenig sprach, durch welche die mangelhafte Unklarheit des Ausdruckes würde beseitigt worden sein. Dieser Fehler wird daher durch Ergänzung des fehlenden Wortes gehoben, sei es einfach d. h. durch Ergänzung in Einem Schriftstücke, sei es zweifach d. h. durch Ergänzung in zwei contraria scripta. Hier daher umfaßt das ambiguum alle Unterarten der quaestiones legales des betreffenden Systemes (§ II unter C III): das ambiguum im technischen Sinne, scriptum et sententia und contraria scripta. — Nicht ganz conform ist p. Caec. 28, 81: aut praeterito aliquo verbo aut ambigue posito, worin somit zwei generische Thatbestände geschieden sind und neben dem praeteritum verbum das ambiguum als solches anerkannt wird; allein die Rede ist von 685, somit 14 Jahre früher als de Orat. — In einem anderen engeren Sinne umfaßt das ambiguum bei Cic. Orat. 34, 121 das ambiguum im technischen Sinne und das scriptum et voluntas im Gegensatze zum contrarium s. A. 30. — Ueber die mit solchem Sprachgebrauche Hand in Hand gehenden theoretischen Gesichtspunkte s. Quint. VII, 10, 1—3.

Im Besonderen aber umfaßt jene Mangelhaftigkeit der Willenserklärung fünf verschiedene Fälle u. zwar

A. Das gebrauchte Wort ist an und für sich correct, aber es vertritt in mangelhafter Weise den Willen des Redenden, insofern es denselben nicht conform, sei es nicht adäquat oder nicht congruent (s. Thl. III § 7) verlautbart: scriptum et voluntas.

B. Das Wort an und für sich ist mangelhaft und zwar

1. undeutlich: der durch das gebrauchte Wort repräsentirte Begriff ist hinsichtlich der in seinem Inhalte oder Umfange enthaltenen Einzelheiten nicht absolut bestimmt, und in Folge dessen im betreffenden Vorkommnisse Zweifeln unterworfen: definitio;

2. mehrdeutig: das gebrauchte Wort repräsentirt mehr als Einen Begriff: ambiguitas;

3. lückenhaft: die gebrauchten Worte reichen nicht zu, der Rede einen befriedigenden Gedanken unterzulegen, während die Zufügung von Einem oder mehreren Worten den Gedanken so gestaltet, daß er befriedigt: ratiocinatio;

4. widersprechend: zwei oder mehr zusammengehörige Worte stehen unter einander in einem zweifelhaften Verhältnisse des Widerspruches: contrariae leges.

Diese fünf Interpretationsfälle sind nun im Nachstehenden einzeln zu betrachten.

## § IV.

### Das scriptum et voluntas.

Das scriptum et voluntas, *ῥητὸν καὶ διάνοια* oder dgl.[45])

---

45) A. 21. Diesen Status behandeln Auct. ad Her. I, 11, 19. II, 9. 10, 14. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 42—48. Part. Orat. 31, 108. 88, 133—39, 137. Top. 25, 96. Quint. III, 6, 87. 88. VII, 6, wozu vgl. VII, 1, 42—63. Victorin. in Cic. Rhet. p. 193. 291 fg. H. Fortunat. I, 23. II, 10. Sulp. Vict. 61. Jul. Vict. III, 14. IV, 8. Mart. Cap. V, 15. Hermog. de Stat. II, 140. 168. Sp. Syrian. et Marcell. Schol. IV, 256 fg. 797 fg. Sopater V, 82. 103 fg. 196 fg. Matth. Camar. VI, 610. 627. Proleg. VII, 28. 31. Anonym. VII, 635 fg. Cyr. VIII, 398 W. Volkmann, Hermagoras 22 fg. 233 fg. — Quint. VII, 6 scheidet als Unterarten noch das obscurum et voluntas und planum et voluntas;

ist derjenige status legalis oder Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß dieselbe nicht conform, sei es nicht adäquat, sei es incogruent die Willensbestimmung des Redenden verlautbart: der Redende hat das, was er sagen will, falsch ausgedrückt:

Auct. ad Her. I, 11, 19: quom videtur scriptoris voluntas cum scripto ipso dissentire;

Cic. de Inv. I, 13, 17: verba ipsa videntur cum sententia scriptoris dissidere; Part. Or. 38, 133: cum aliud scriptor sensisse videtur, aliud scripsisse; Orat. 34, 121: si quando aliud in sententia videtur esse, aliud in verbis; vgl. Part. Or. 31, 108. Top. 25, 96.

vgl. Cassiod. Rhet. 6. Isid. Orig. II, 5, 9.

Hermogen. de Stat. II, 140. Sp.: *γίνεται — ῥητὸν καὶ διάνοια, ὅταν τοῦ ἑτέρου τὸ ῥητὸν προβαλλομένου καὶ ὡς ἐπὶ τὸ πλεῖστόν γε τοῦ διώκοντος, θάτερον μέρος χρῆται ταῖς διανοίαις·*

vgl. Syrian. Sopat. et Marcell. IV, 257 fg. 797 fg. Sopat. V, 82. 196. Maxim. Plan. V, 231. Matth. Cam. VI, 610. Cyr. VIII, 398. W.

Nach Cicero, Cornificius, Quintilian und Hermogen. prägt sich dieser Status in der Weise in dem Parteistandpunkte aus, daß die eine Partei der Willenserklärung die alleinige Geltung beimißt, die andere dagegen darüber hinaus auch auf eine Willensbestimmung recurrirt, welche durch die Willenserklärung nicht genügend verlautbart ist und wobei nun das obwaltende Verhältniß zwischen Wort und Wille das zwiefältige ist, daß entweder die Worte der Disposition eine Beschränkung enthalten, welche in dem Willen des Redenden nicht lag, so daß hier eine unbeschränktere Willensbestimmung, als in den Worten enthalten,

---

allein das obscurum et voluntas ist in Wahrheit gar nicht scriptum et voluntas, weil dort der Text an sich nicht fehlerfrei, sondern wirklich mangelhaft ist, daher jenes obscurum et voluntas in Wahrheit einer der anderen Interpretationskategorieen unterfällt und zwar in den von Quint. § 2—4 gebotenen Beispielen dem ambiguum; vgl. auch Cic. de Inv. II, 43, 126 fg.

behauptet und eine extensive Interpretation aufgestellt wird [46]; oder aber, daß die Worte der Disposition gewisse Beschränkungen nicht enthalten, welche in dem Willen des Redenden lagen, hier somit eine beschränktere Willensbestimmung, als in den Worten enthalten, behauptet und eine restrictive Interpretation aufgestellt wird [47]. Fortunatian setzte jedoch für diesen Status die doppelte Ausprägung, daß theils, wie im Obigen, die eine Partei auf das verbum, die andere auf die voluntas sich stützt, theils aber auch beide Parteien das verbum fallen lassen und auf die voluntas sich stützen, dabei aber eine verschiedene Willensbestimmung des Redenden behaupten [48].

Beispiele des scriptum et voluntas bieten die causa Curiana (Thl. I, 48 fg.), die actio emti des C. Sergius Orata wider M. Marius Gratidianus (Thl. I, 50 fg.), der Proceß des M. Tullius wider P. Fabius (Thl. I, 51), wie die accusatio de iudicio publico corrupto des jüngeren Oppianicus wider A. Cluentius (Thl. III. § 51).

Dieser Status veranlaßt nun die doppelte Frage: Ist solcher Zwiespalt zwischen verbum und voluntas relevant? und: Wie ist ebenso dieser Zwiespalt an sich, wie auch die von dem verbum abweichende voluntas des Redenden zu erkennen und zu beweisen?

Die erste dieser beiden Fragen: in scripti sententiaeque

46) Cic. de Inv. II, 42, 122: scriptoris sententia semper ad idem spectare et idem velle demonstrabitur; § 123: simplex voluntas scriptoris ostenditur, quae in omne tempus et in omne factum idem valeat; § 124: ita sententia inducetur, ut unum quiddam voluisse scriptor demonstretur; Quint. VII, 6, 8. Fortunat. II, 10. Jul. Vict. III, 14. Hermog. II, 168. Sp.

47) Cic. de Inv. II, 42, 122: scriptoris sententia ex facto aut eventu aliquo ad tempus id, quod instituit, accomodabitur; § 123: voluntas scriptoris ostenditur, quae — ex quodam facto aut eventu ad tempus interpretanda dicitur; § 124: ita sententia inducetur, ut in eiusmodi re et tempore hoc voluisse doceatur; Quint. VII, 6, 5—7. 1, 49 fg. Fortunat., Jul. Vict., Hermog. in Anm. 46. Vgl. Sen. Contr. IX, 27, 9.

48) Fortunat. I, 43: scripti et voluntatis status quot modis fit? duobus, cum aut prima pars scripto nititur, secunda voluntate, aut cum utraque pars omisso scripto sola voluntate contendit.

contentione utrum potius sequatur iudex (Cic. Part. Or. 31, 108), verbane plus an sententia valere debeant (Cic. Top. 25, 96) ist jene Principfrage, die in Thl. III § 9 und 21 dargelegt und erörtert ist. Sie tritt in voller Schärfe im Auct. ad Her. wie bei Cic. Part. Orat. und de Inv. hervor, während sie bei Quint. nur noch schwach nachhallt, bei den späteren römischen, wie bei den griechischen Rhetoren dagegen gar nicht berührt wird [49]). Dabei werden die diese Fragen betreffenden Positionen auch bei Cornificius und Cicero nicht gesondert von den Vorschriften hinsichtlich der zweiten Frage: beide vermengen sich ohne äußere Scheidung. Wir selbst haben die diese Principfrage betreffenden Sätze, insoweit sie das verbum vertreten, in Thl. III § 9, insoweit sie die voluntas vertreten, in § 21 zusammengestellt.

Dagegen die zweite jener beiden Fragen ist ganz irrelevant vom Standpunkte des Princips des verbum; wogegen den Vertretern der voluntas die Argumentation an die Hand gegeben wird: das Ergebniß der auf das verbum gestützten Interpretation widerstreitet, dagegen die Interpretation nach Maaßgabe der voluntas entspricht der aequitas und den boni mores, wie der utilitas: [50])

Auct. ad Her. II, 10, 14: id, quod scriptum sit, aut non posse fieri aut non lege, non more, non natura, non aequo et bono posse fieri; — — at ea, quae a nobis

49) Vgl. Thl. III § 58, sowie Fortunat. II, 10: scripti et voluntatis (sc. status) quot locis (sc. dividitur)? novem: propositione scripti, deductione generis ad speciem, voluntate legis, interpretatione etc. Sulp. Vict. 61.

50) Zur Veranschaulichung Dessen wird empfohlen die Deduction der gegnerischen Auffassung ad absurdum, welche entweder an dem vorliegenden Falle oder an anderen Beispielen vorzunehmen ist: Cic. Inv. II, 47, 140. 48, 141. Part. Or. § 136. cit. Auct. ad Her. cit. Dieses Mittel wird auch in den übrigen Interpretationsfällen angewendet, so bei der ambiguitas nach § VI unter d, cc und in Cic. p. Caec. 17, 49. 50. (Thl. I, 54 unter d und bb), und so auch in anderen Fällen in Cic. p. Caec. 19, 54 (si via sit immunita, iubet (sc. lex XII tab.), qua velit agere iumentum. potest hoc ex ipsis verbis intelligi licere, si via sit in Brittiis immunita, agere, si velit, iumentum per M. Scauri Tusculanum etc.), 19, 55. 20, 56. 57 — 22; sodann andrerseits auch zu Gunsten des verbum in p. Cluent. 57, 157.

facta sint, iustissume facta; — — deinde contrariam sententiam aut nullam esse aut stultam aut iniustam aut non posse fieri aut non constare cum superioribus et inferioribus sententiis aut cum iure communi aut cum aliis legibus communibus aut cum rebus iudicatis dissentire.

Cic. de Inv. II, 48, 141: ex utilitatis et honestatis partibus ostendere, quam inutile aut quam turpe sit id, quod adversarii dicant fieri oportuisse aut oportere, et id, quod nos fecerimus aut postulemus, quam utile aut quam honestum sit; § 140: eorum aliquid, in quibus aut causa sit honestissima aut necessitudo certissima, tumne accusaretis? Part. Orat. 39, 136: erit utendum exemplis, in quibus omnis aequitas perturbetur, si verbis legum ac non sententiis pareatur; § 137: erit — aequitatis sententiis contra acerbitatem verborum deprecandum.

Dieses Argumentes bedient sich der Ankläger des Cluentius nach Cic. p. Cluent. 52, 144. 55, 150. (s. Thl. III § 51); vgl. auch A. 50.

Dem werden als Gegengründe auf Seiten der Vertretung des verbum entgegengestellt:

a. der Redende hätte, wenn er das wollte, was der Vertreter der voluntas behauptet, solches auch gesagt:

Auct. ad Her. II, 9, 13: quaeretur, quid ei (sc. scriptori) offuerit, si id (sc. sententiam ab adversario excogitatam) voluisset, ascribere aut num non potuerit perscribi;

Cic. de Inv. II, 45, 130: scriptori neque ingenium neque operam neque ullam facultatem defuisse, quo minus aperte posset perscribere id, quod cogitaret; vgl. § 135. Part. Or. 38, 134: cur, eum ea, quae plane scripta sint, neglexerit, quae nusquam scripta sint, proferat? cur prudentissimos in scribendo viros summae stultitiae putet esse damnandos? Quid impedierit scriptorem, quo minus exciperet illud, quod adversarius, tamquam si acceptum esset, ita dicit se secutum? vgl. § 135.

b. Der Redende hat in der That das gewollt, was er sagte:
Auct. ad Her. II, 9, 13: a nobis sententia reperietur et causa proferetur, qua re id scriptor senserit, quod scripserit et demonstrabitur scriptum illud esse dilucide, breviter, commode, perfecta cum ratione certa.
Cic. de Inv. II, 44, 128: quod si voluntas scriptoris conservanda sit, se (sc. eum, qui scriptum defendat), non adversarios a voluntate eius stare. Nam multo propius accedere ad scriptoris voluntatem eum, qui ex ipsius eam litteris interpretetur, quam illum, qui sententiam scriptoris non ex ipsius scripto spectet, quod ille suae voluntatis quasi imaginem reliquerit, sed domesticis suspicionibus perscrutetur; vgl. § 137. I, 39, 70. Part. Or. 38, 134: cur ita scripserit, si ita non senserit.

c. die gegnerische Auffassung der voluntas des Redenden ist an und für sich unhaltbar:
Cic. de Inv. II, 46, 135: ostendat, si conveniat causam contra scriptum accipi, eam tamen minime oportere, quae ab adversariis afferatur; vgl. § 137. Part. Or. 38, 135: quaerenda — ratio est, si qua poterit inveniri, quare non sit exceptum (sc. id, quod adversarius scriptorem excipere voluisse dicit): aut iniqua lex aut inutilis futura dicetur aut alia causa obtemperandi, alia abrogandi; dissentire adversariis vocem atque legis.

Diese Argumentation liegt zu Grunde in Cic. p. Cluent. 55, 150 (quis unquam hoc senator recusavit, ne, cum altiorem gradum dignitatis beneficio populi Romani esset consecutus, eo se putaret durioribus legum condicionibus uti oportere?), wozu vgl. Thl. III § 51.

## § V.

### Die definitio legalis.

Die definitio legalis, als Unterart der definitio schlechthin oder des ὅρος oder dergl.[51]) ist derjenige Status und Inter-

51) A. 13. Die definitio legalis als besonderer Status neben der

pretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der juristischen Willenserklärung darin beruht, daß ein Wort, welches die Willensbestimmung des Redenden verlautbart, einen undeutlichen Begriff vertritt:

Auct. ad Her. I, 12, 21: ex definitione causa constat, quom in controversia est, quo nomine factum appelletur;
Cic. de Inv. II, 51, 153: definitio est cum in scripto verbum aliquod est positum, cuius de vi quaeritur; vgl. I, 13, 17. Part. Orat. 36, 124.

Vgl. Quint. VII, 10, 3. Cassiod. Rhet. 6. Isid. Orig. II, 5, 10. Hermogen. de Stat. II, 138. Sp.: *ἔστι — στάσις ὁρικὴ ὀνόματος ζήτησις περὶ πράγματος, οὗ τὸ μὲν πέπρακται, τὸ δὲ λείπει πρὸς αὐτοτέλειαν τοῦ ὀνόματος.*
vgl. Syrian. Sop. et Marc. IV, 217 fg. 474. 478. 479. Sopat. V, 150. Max. Plan. V, 231. Math. Cam. VI, 608. Cyr. VIII, 396. W.

Die Lösung dieses Interpretationsfalles erfolgt daher durch die definitio oder finis oder *ὅρος* im logischen Sinne [52]), welche

---

constitutio definitiva ist anerkannt in dem ältesten Systeme Ciceros und von Fortunat.: § II unter A. II. B. IV; die constitutio definitiva wird ferner als Oberbegriff der status legales anerkannt und diesen die definitio mit eingeordnet in dem Systeme des Antonius und seiner nächsten Anhänger: § II unter C. I. II; gar nicht endlich wird die definitio von der constitutio definitiva geschieden in den übrigen Systemen in § II unter A. I und III, B I—III, C III und D. — Von der definitio legalis handeln Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 51, 153. 154. Victorin. in Cic. Rhet. p. 193. 300. H. Fortunat. I, 26. II, 11. Mart. Cap. V, 16. Cassiod. Rhet. 6, sowie Quint. VII, 3, 7 neben der constitutio definitiva in Cic. cit. I, 8, 10. 11. II, 17. 18. Victorin. cit. p. 180 fg. 272 fg. H. Fortunat. I, 13. II, 6. Mart. Cap. V, 10. Cassiod. 5 Isid. II, 5, 3; ferner Auct. ad Her. I, 12, 21. II, 12, 17. In den übrigen Systemen wird die definitio behandelt von Cic. Part. Or. 29, 102. 30, 105. 31, 107. 36. de Orat. II, 25, 107—109. Quint. VII, 3. Sulp. Vict. 39. Jul. Vict. III, 3. IV, 3. Arist. Rhet. I, 25, 6. Sp. I, 1, 13, 9. Did. Hermag. de Stat. II, 138. 153 fg. Sp. Syrian. et Marcell. Schol. IV, 217 fg. 474 fg. Sopat. V, 149 fg. Max. Plan. V, 299 fg. Math. Camar. VI, 608. 617 fg. Cyr. VIII, 396 W. Volkmann, Hermagoras 19. 213 fg.

52) Ueber diese vgl. Cic. Top. 5. 6. Boëth. in h. l. p. 318 fg. Or. Definitionen derselben: Auct. ad Her. IV, 25, 35. Cic. Top. 5, 26:

jene Undeutlichkeit der Rede beseitigt[53]). Diese Undeutlichkeit selbst aber betrifft entweder den Umfang des in der Rede vertretenen Begriffes: es walten Zweifel ob hinsichtlich der einzelnen Gegenstände, welche jener Begriff unter sich begreift, wofür als Beispiele von Cic. Part. Or. 31, 107 die Begriffe penus und ruta caesa angeführt werden; oder die Undeutlichkeit betrifft den Inhalt des Begriffes d. h. es walten Zweifel ob hinsichtlich der einzelnen Merkmale, welche in ihm enthalten sind, wofür als Beispiele bei Cic. de Inv. II, 51, 154. die Begriffe relinquere und remanere sich bieten. Beispiele der definitio bieten in der ersteren Beziehung die Interpretation des XII Tafelgesetzes über das Erbrecht der agnati (Thl. III A. 120) und Cic. p. Caec. bezüglich des Begriffes vis[54]), ingleichen der Proceß des Fufius wider den Bucculeius hinsichtlich der Clausel: lumina, uti nunc sunt, ita recipio (Thl. III § 51), in letzterer Beziehung aber Cic. p. Balb. 14, 33 bezüglich des Begriffes sacrosanctum, und 16, 36. 37 bezüglich des Begriffes comiter

Bei der definitio tritt zunächst die Principfrage auf, ob jene Undeutlichkeit zu heben ist durch ein Operiren mit rein sprachlichen und lexikalischen Momenten, sonach mit der durch die Volksanschauung gegebenen Bestimmung des fraglichen Begriffes, oder aber mit den der Willensbestimmung des Redenden zu entnehmenden Momenten, sonach mit der Begriffsbestimmung, welche der Redende dem betreffenden Worte unterlegte. Diese Frage beantwortet Cic. und implicite auch Cornific. durchaus zu Gunsten des ersteren Princips, somit des verbum, wogegen die griech. und die späteren röm. Rhetoren dem zweiten Principe beitreten und die voluntas des Redenden als maaßgebend anerkennen, worüber s. Thl. III § 11 und 23.

---

definitio est oratio, quae id, quod definitur, explicat, quid sit; Orat. 33, 116: est definitio oratio, quae quid sit id de quo agitur ostendit quam brevissume; de Orat. I, 42, 190. Quint. VII, 3, 2: finitio — rei propositae propria et dilucida et breviter comprehensa verbis enuntiatio. Jul. Vict. IV, 3.

53) Cic. Brut. 41, 152 (s. A. 57); Orat. 29, 102: res involutas definiendo explicavimus; 33, 116: involuta rei notitia definiendo aperienda est; Cic. de Inv. I, 8, 11. II, 17, 52. Sulp. Vict. 39. Hermog. de Stat. II, 153 Sp. u. a. m.

54) S. Thl. I § 11. Cic. Orat. 29, 102. Quint. VII, 3, 17. 29.

Und sodann tritt hier die zweite, juristisch wie rhetorisch rein praktische Frage auf, mit welchen Mitteln die maaßgebende Begriffsbestimmung sich erkennen oder diejenige Begriffsbestimmung sich unterstützen läßt, welche eine Partei aufstellte. Und hier nun werden die drei Rechtfertigungsgründe an die Hand gegeben:

a. Der Nachweis, daß die eine Begriffsbestimmung vera, die gegentheilige aber falsa sei, d. h. jene dem Geiste der Sprache und der Nationalanschauung, wie dem betreffenden Thatbestand entspreche, diese aber widerspreche: Cic. de Inv. II, 17, 53. 54. Part. Or. 36, 126[55]). Dieses Hülfsmittels bedient sich Cic. p. Balb. 16, 36. 37 bezüglich des Wortes comiter; vgl. A. 50.

b. Der Nachweis, daß die eine Begriffsbestimmung honesta oder utilis, die gegentheilige aber turpis oder inutilis sei, d. h. jene den boni mores oder der utilitas entspreche, diese aber widerspreche:

Cic. de Inv. II, 17, 54: infirmabitur (sc. adversariorum definitio), si turpis aut inutilis esse ostendetur eius descriptionis approbatio et si, quae incommoda consecutura sint eo concesso, ostendetur. Id autem ex honestatis et ex utilitatis partibus sumetur. — Et si cum definitione nostra adversariorum definitionem conferemus et nostram veram, honestam, utilem esse demonstrabimus, illorum contra; vgl. 18, 55. Part. Or. 36, 125. Auct. ad Her. II, 12, 17. Fortunat. II, 6. 11. Jul. Vict. IV, 3.

c. Die Beibringung von Analogieen und Präjudicien: Cic. de Inv. II, 17, 55. 18, 55. Part. Or. 36, 126. 127.

## § VI.

### Die ambiguitas.

Die ambiguitas oder ἀμφιβολία oder dgl.[56]) ist derjenige status legalis und Interpretationsfall, bei welchem die Mangel-

---

55) Dieser Moment fällt bei Cicero zugleich in die Sphäre der Principfrage, worüber s. Thl. III § 11.

56) S. A. 22. Diesen Status behandeln Auct. ad Her. I, 12, 20. II, 11. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 40. 41. Part. Or. 31, 108. 58, 132. 133.

haftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß ein Wort, welches die Willensbestimmung des Redenden verlautbart, mehrdeutig, ambiguum [57]) ist, d. h. entweder an und für sich mehr als Einen Begriff vertritt oder mehr als Eine syntaktische Verbindung zuläßt, welche je einen anderen Sinn ergiebt:

Auct. ad Her. I, 12, 20: quom res in unam sententiam scripta duas aut pluris sententias significat; vgl. II, 11. IV, 53, 67.

Cic. de Inv. II, 40, 116: cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat; Top. 25, 96: scriptum ambiguum est, ut duae sententiae differentes accipi possint; vgl. de Inv. I, 13, 17. Part. Or. 31, 108. Orat. 34, 121.

vgl. Rhetoren bei Quint. III, 6, 43. Quint. III, 6, 87. VII, 9, 14. 10, 2. Jul. Vict. III, 12. Mart. Cap. V, 15. Cassiod. Rhet. 6. Isid. Orig. II, 5, 10. Paul. Diac. s. v. p. 17.

Hermog. de Stat. II, 141 Sp.: ἔστι — ἀμφιβολία ἀμφισβήτησις περὶ ῥητὸν ἐκ προσῳδίας ἢ διαστάσεως συλλαβῶν γινομένη [58]).

---

Top. 25, 96. de Orat. I, 31, 140. Quint. VII, 9. Victorin in Cic. Rhet. p. 193. 290 fg. H. Fortunat. I, 24. II, 11. Jul. Vict. III, 12. IV, 10. Mart. Cap. V, 15. Aristot. Rhet. I, 55, 30. Sp. I, 15, 10. Did. Anaxim. Ars. rhet. I, 232, 10. Sp. Hermog. de Stat. II, 141. 173 fg. Sp. Syrian. et Marc. Schol. IV, 271 fg. 843 fg. Sopat. Schol. V, 83. 108 fg. 210 fg. Matth. Cam. VI, 611. 630. Proleg. VII, 28. 32. Anonym. VII, 682 fg. Cyr. VIII, 398 W. Volkmann, Hermagoras 24. 233 fg. — Quint. VII, 10, 1. betracht die ambiguitas als eine verdoppelte definitio.

57) So z. B. Cic. Brut. 41, 152.: rem latentem explicare definiendo (definitio), — — ambigua — distinguere (ambiguitas).

58) Beispiele sind für den ersten Fall: ἑταίρα χρυσία εἰ φορoίη, δημόσια ἔστω (auch bei Cic. de Inv. II, 41, 118. u. ähnlich Fortunat. I, 24.): soll die Hetäre selbst od. deren Geld an den Staat fallen? Für den zweiten Fall: ἐχέτω τὰ ἐμὰ πανταλεων (auch Quint. VII, 9, 6.) ist hier zu lesen: πάντα Λέων (d. h. Leon soll mein ganzes Vermögen erhalten, oder Πανταλέων (d. h. Pantaleon soll mein Vermögen erhalten); und ähnlich Fortunat. I, 24. Mart. Cap. V, 15. Danach unterscheidet Quint. VII, 9, 2 fg. die amphibolia in singulis, wo das Wort an und für sich mehrdeutig ist, und die in coniunctis, wo die Möglichkeit einer verschiedenen Construction die Mehrdeutigkeit erzeugt; und Jul. Vict. III, 12. die ambiguitas in scripto und in voluntate scripti.

vgl. Sopat. Schol. IV, 843. V, 83. Maxim. Plan. V, 231. Matth. Cam. VI, 611. Cyr. VIII, 398 W.

Tryphon. de Trop. 14. III, 203 Sp.: ἀμφιβολία ἐστὶ λέξις ἢ λόγος δύο καὶ πλείονα πράγματα δηλοῦσα·

vgl. Gregor. Cor. de Trop. 20. III, 223. Cocondr. de Trop. 30. III, 243 Sp.

Beispiele solcher Mehrdeutigkeit bieten Cic. p. Caec. bezüglich der Worte deiicere und unde[59]), sowie de Inv. II, 40, 116. Auct. ad Her. I, 12, 20. Quint. VII, 9, 9. Fortunat. I, 24. „heres meus uxori meae vasorum argenteorum pondo C quae volet, dato", wo fraglich ist, ob dem Erben oder dem Legatar die Wahl zusteht; ferner Jul. de Ambiguit. (D. XXXIV, 5, 13. pr. § 1.): „Seio cum CC, quae apud eum deposui, CCC lego", wo der Zweifel obwaltet, ob 300 inclusive oder exclusive der 200, somit ob 300 oder 500 legirt sind; sowie: „fundum Seianum heres meus Attio cum Dione, Maevii servo, dato", wo die Frage entsteht, ob der fundus Seianus und der Sclave Dio dem Attius oder ob der fundus Seianus dem Sclaven Dio und dem Attius legirt sei. Ebenso bietet ein hübsches Beispiel Plaut. Ep. V, 2, 36, wo die Wette lautet: x pignus do, ni ea sit filia, was der bejahende Interessent in absolutem Sinne sagt (sie ist die Tochter ihrer Eltern), der verneinende Theil aber in relativem Sinne meint (sie ist meine Tochter nicht). Die Lösung dieses Interpretationsfalles erfolgt daher durch die Bestimmung, welche von den fraglichen mehreren Wortbedeutungen in concreto die maaßgebende sei.

Bei der ambiguitas spitzt zunächst die Principfrage auf die Alternative sich zu, ob für die Entscheidung, welche von den mehreren gegebenen Wortbedeutungen im betreffenden Falle die wahrhaft maaßgebende sei, lediglich rein sachliche und sprachliche Gesichtspunkte oder die Willensbestimmung des Redenden selbst bestimmend seien. In der Praxis veranschaulicht solchen Gegensatz der Principien am Besten Cic. p. Caec. (Thl. I § 11); dagegen in der rhetorischen Theorie Cicero's und bei Cornific. tritt auffälliger Weise jene Principienfrage ganz zurück, indem des Princips des verbum gar nicht, des Princips der voluntas

59) Thl. I § 11. Thl. III § 12. Cic. Orat. 29, 102.

aber nur nebenbei gedacht wird, während die späteren römischen wie die griechischen Rhetoren durchaus nur dies letztere Princip als das gültige voraussetzen (Thl. III § 24). Und zwar wird jene eigenthümliche Haltung der Theorie Cicero's daraus zu erklären sein, daß hier, wo mehrere sprachlich gleichberechtigte Wortbedeutungen in Frage kommen, lediglich der Wille des Redenden über die Präponderanz der einen Bedeutung entscheiden zu können scheint, während doch in Wahrheit auch von dem Standpunkte des rigor aus rein sprachlichen und objectiven Momenten eine Lösung der ambiguitas sich gewinnen läßt.

Dagegen hinsichtlich der anderen Frage „wie ist die von den mehreren Bedeutungen maaßgebende zu erkennen und zu rechtfertigen?" geben namentlich Cornif. und Cicero folgende Rechtfertigungsgründe an die Hand:

a. die systematischen Beziehungen des Schriftstückes oder die innere Harmonie der Gesetzgebung im Besonderen, insofern durch Hinweis ebenso auf einen anderen Passus des nämlichen Gesetzes, als auch auf ein anderes Gesetz der Zweifel des ambiguum gehoben werden kann: so ist in ersterer Beziehung:

Cic. de Inv. II, 40, 117: ex superiore et ex inferiore scriptura docendum id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri; quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimari; — — eam ipsam scripturam, in qua inerit illud ambiguum, de quo quaereretur, totam omnibus ex partibus pertentare, si quid aut ad id appositum sit, quod nos interpretemur, aut ei, quod adversarius intelligat, adversetur;

und in letzterer Beziehung:

Cic. de Inv. II, 41, 119: dare operam oportebit, ut de eo, quod adversarius intelligat, alia in lege cautum esse doceatur; vgl. Part. Or. 38, 132. unter b.

Dieses Hülfsmittels bedient sich Cic. p. Caec. 11, 33—13, 36. bezüglich des Wortes deiicere, s. Thl. I, 54. unter a.

b. die historischen Beziehungen des scriptum und zwar eben-

sowohl zur Person des scriptor, insofern dessen Willensbestimmung erkannt wird aus dessen Schriften und Worten, aus dessen Thaten und Anschauungs- wie Lebensweise, als auch zu den allgemeinen Zeitverhältnissen, unter denen das scriptum entstand; so in ersterer Beziehung:

Cic. de Inv. II, 40, 117: qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris eius scriptis et factis, dictis, animo atque vita eius sumi oportebit. — Nam facile, quid verisimile sit eum voluisse, qui scripsit, — ex persona scriptoris atque iis rebus, quae personis attributae sunt, considerabitur; Part. Or. 38, 132: quod adversarius ex ambigue scripto intelligendum esse dicet, — defendet — discrepare cum ceteris scriptis vel aliorum vel maxime, si poterit, eiusdem;

in letzterer Beziehung:

Cic. de Inv. II, 41, 121: quo tempore scriptum sit, quaerendum est, ut, quid eum voluisse in eius modi tempore verisimile sit, intelligatur.

c. die Gesetze der Sprache, insofern die eine der mehreren Bedeutungen der Worte nach allgemeinem Sprachgesetze einen anderen Ausdruck, als den wirklich gebrauchten, erfordert haben würde, somit also dann, wenn der Redende jene Bedeutung im Auge gehabt hätte, einen anderen Ausdruck dafür gewählt haben würde:

Cic. de Inv. II, 41, 120: permultum — proficiet illud demonstrare, quemadmodum scripsisset, si id quod adversarius accipiat, fieri aut intelligi voluisset; § 121: quare hoc genere magno opere talibus in causis uti oportebit: sic hoc modo scripsisset, isto verbo usus non esset, non isto loco verbum istud collocasset;

Auct. ad Her. II, 11: quo modo scriptum esset, si id, quod adversarii interpretentur, scriptor fieri voluisset, ostendendum est.

Vgl. Quint. VII, 9, 15.

Hermag. de Stat. II, 173. Sp.: ἡ ἀμφιβολία διαιρεῖται — διανοίᾳ τοῦ νομοθέτου· — — ἡ γνώμη τοῦ νομο-

*θέτου ὑπ' ἀμφοῖν πρὸς τὸ λυσιτελοῦν ἐξετάζεται, οἷον τιμωρίας ἄξιον τοῦτο ὑπέλαβεν ὁ νομοθέτης*, vgl. Anonym. Schol. p. 686 fg. W. unter η' und θ'.

d. Der Eigenwerth des Resultates der Interpretation, wofür ein doppelter Maaßstab gegeben wird:

aa. die Concordanz des einen Resultates und der Widerstreit des anderen Resultates der Interpretation mit den bestehenden Einrichtungen und Zuständen, wie mit den regelmäßigen Vorkommnissen des Lebens und Verkehrs:

Cic. de Inv. II, 40, 118: erit demonstrandum, si quid ex re ipsa dabitur facultatis, id, quod adversarius intelligat, multo minus commode fieri posse, quam id, quod nos accipimus, quod illius rei neque administratio, neque exitus ullus exstet, nos quod dicamus, facile et commode transigi posse; Part. Or. 38, 132: hanc significationem, qua nitetur ipse (sc. orator), dignam scriptoris prudentia esse defendet; — — quam defendet ipse, eam rem et sententiam quemvis prudentem et iustum hominem, si integrum daretur, scripturum fuisse, sed planius; § 133: eam sententiam quam significari posse dicet, nihil habere aut captionis aut vitii, contrariam autem si probarit, fore, ut multa vitia, stulta, iniqua, contraria consequantur;

vgl. Auct. ad Her. II, 11. unter bb, Quint. VII, 9, 15. Dieses Argument wendet an Cic. p. Caec. 13, 37—39. s. Thl. I, 54 unter b.

bb. die Harmonie des Resultates der Interpretation mit der utilitas oder der honestas oder der aequitas oder der necessitudo:

Cic. de Inv. II, 41, 119: diligenter illud quoque attendere oportebit, num, illo probato, quod adversarius intelligat, res utilior aut honestior aut magis necessaria ab scriptore neglecta videatur. Id fiet, si id, quod nos demonstrabimus, honestum aut utile aut necessarium demonstrabimus, et si id, quod ab adversariis dicetur, minime eius modi esse dicemus; vgl. § 121. Part. Or. 38, 132: quod adversarius ex

ambigue scripto intelligendum esse dicet, aut absurdum aut inutile aut iniquum aut turpe esse defendet;

Auct. ad Her. II, 11: id, quod nos interpretemur, et fieri posse et honeste, recte, lege, more, natura, bono et aequo fieri posse;

vgl. Quint. VII, 9, 15.

Dieses Hülfsmittels bedient sich Cic. p. Caec. 14, 39. 40. s. Thl. I, 54 unter e.

cc. Die Absurdität, zu der die gegentheilige Interpretation führt: Cic. Part. Or. 38, 132. unter bb; vgl. A. 50.

Dieses Hülfsmittel wendet an Cic. p. Caec. 17, 49. 50. s. Thl. I, 54 unter d; vgl. auch A. 50.

## § VII.

### Die ratiocinatio.

Die ratiocinatio oder collectio oder συλλογισμός oder dgl.[60]) ist derjenige status legalis und Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß die Rede lückenhaft ist, d. h. die gebrauchten Worte nicht ausreichen, um eine befriedigende Willensbestimmung zu ergeben. Und zwar ist solche Lücke der Rede bald realer Beschaffenheit, indem in einer äußerlich abgeschlossenen Gedankenreihe ein Glied mangelt, welches zum inneren oder reflexiven Abschlusse jener Reihe erforderlich ist: Ausfall eines Gedankens, herbeigeführt

---

60) A. 23. Diesen Status behandeln Auct. ad Her. I, 13. II, 12, 18. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 50. Quint. VII, 8. Victorin. in Cic. Rhet. p. 193. 299 fg. H. Fortunat. I, 25. II, 11. Jul. Vict. III, 15. IV, 11. Mart. Cap. V, 16. Hermog. de Stat. II, 141. 171 fg. Sp. Syrian. et Marc. Schol. IV, 259 fg. 831 fg. Sopat. Schol. V, 82. 104 fg. 206 fg. Max. Plan. V, 361 fg. Matth. Cam. VI, 610. 629 fg. Proleg. VII, 28. 31. Anonym. VII, 667 fg. Cyr. VIII, 398. W. Vollmann Hermagoras 23 fg. 233 fg. — Diesen Status erkannten nicht an: Cicero in seinem mittleren Systeme (Part. Or. und de Orat.) und in seinem jüngsten Systeme (Top. und Orat.) s. § II unter B und C, sowie C. Albutius Silus: Quint. III, 6, 62. — Den Unterschied zwischen ratiocinatio und scriptum et voluntas legt dar Quint. VII, 8, 1, wogegen Syrian. und Sop. Schol. IV, 259 fg. W. wiederum die erstere mit der letzteren und der definitio in eine schiefe Verbindung bringen.

durch ein Uebersehen des Redenden; bald aber auch formaler Beschaffenheit, indem in einer abgeschlossenen Wortreihe ein oder mehrere Worte oder Buchstaben oder Laute mangeln, welche zum periodischen oder satzmäßigen Abschlusse jener Reihe erforderlich sind: Ausfall von Worten oder Buchstaben oder Lauten. Und solche formale Lücke ist wiederum entweder Unterbrechung der äußeren Continuität der Worte, herbeigeführt durch physische Einflüsse, wie z. B. durch Vernichtung von Buchstaben in einem Schriftstücke, durch Zerstörung der Laute in Folge eines Hustenanfalles des Redenden; oder aber Unterbrechung der syntaktischen Vollständigkeit des Satzes, herbeigeführt durch unwissentliche Auslassung eines Wortes Seitens des Redenden. Allenthalben daher geht hier die Aufgabe des Interpreten dahin, jene Lücke der Rede zu ergänzen:

Auct. ad Her. I, 13: quom res sine propria lege venit in iudicium, quae tamen ab aliis legibus similitudine quadam aucupatur;

Cic. de Inv. I, 13, 17: ex eo, quod scriptum est, aliud quoque, quod non scriptum est, inveniri (sc. videtur); II, 50, 148: cum ex eo quod uspiam est, ad id, quod nusquam scriptum est, venitur;

Quint. III, 6, 87: leges — nobis, cum ipsi nullam habemus, adiungimus; VII, 8, 3: hic status ducit ex eo, quod scriptum est, id, quod incertum est; vgl. § 6.

Vgl. Victorin. in Cic. Rhet. p. 299 H. Fortunat. I, 25. Jul. Vict. III, 15. Mart. Cap. V, 16. Cassiod. Rhet. 6. Isid. Orig. II, 5, 10.

Hermog. de Stat. II, 141. Sp.: ἔστι — συλλογισμὸς ἀγράφου πράγματος πρὸς ἔγγραφον παράθεσις εἰς ταὐτὸν συνάγοντός τινος τὸ ἄγραφον τῷ ἐγγράφῳ·

vgl. Syrian. Sopat. et Marcell. IV, 831 fg. Sopat. V, 82. 206. Max. Plan. V, 231. Matth. Cam. VI, 610. Cyr. VIII, 398 W.

Die Ergänzung der Lücke der Rede erfolgt im Wege einer Schlußfolgerung: ratiocinatio oder collectio oder syllogismus im logischen Sinne[61]), wobei die propositio maior des Schlusses

61) Cic. de Inv. II, 50, 149. Fortunat. II, 25. Jul. Vict. III, 15. Hermog. II, 172. Sp. Syrian. und Sop. Schol. IV, 261. 831 W. u. a. m.

entlehnt wird theils einer anderen, stofflich verwandten Passage des lückenhaften Schriftstückes selbst, theils einem anderen stofflich verwandten Schriftstücke. Und dieses Verfahren selbst, aus wesentlich ähnlichen, stofflich verwandten Dispositionen eine Conclusion zu ziehen auf die durch eine Aeußerung nicht verlautbarte, ausgelassene Willensbestimmung des Redenden ist die Analogie: similitudo [62]), daher auch diese als der Weg zur Lösung der ratiocinatio im rhetorischen Sinne bezeichnet wird:

Auct. ad Her. I, 13. cit.; II, 12, 18: in causa rationali quaeretur, ecquid de rebus maioribus aut minoribus similibus similiter scriptum aut iudicatum sit; deinde utrum ea res similis sit ei rei, qua de agitur, an dissimilis; vgl. unter b;

Cic. de Inv. II, 50, 150: eius rei, qua de quaeratur, cum eo, de quo constet, collationem eiusmodi, ut id, de quo quaeritur, rei, de qua constet, simile esse videatur; § 151: contra autem qui dicet, similitudinem infirmare debebit etc.; vgl. § 149. 152. de Orat. I, 56, 240. Brut. 38, 143.

Quint. VII, 8, 7: quotiens propria lex non est, simili sit utendum?

Jul. Vict. III, 15: similitudine uti debeat.

Jul. 15. Dig. (D. I, 3, 12): is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere — debet.

Scaev. 6 Quaest. (D. XXVIII, 2, 29. § 5): ad similitudinem — ceteri casus admittendi sint;

Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 7): idem porrigendum est ad similia;

Tertull. 1 Quaest. (D. I, 3, 27): ad eas quoque personas et ad eas res pertinerent (sc. leges), quae quandoque similes erunt;

vgl. Pseudo-Quint. Decl. 331.

Vorkommnisse solcher ratiocinatio sind: Cic. de prov. cons. 5, 12, worauf Kayser zu Cornif. 249 hinweist; sodann der Erbschaftsproceß über den Nachlaß des Malleolus v. 653 (Thl.

62) Das ὅμοιον der Griechen: Hermog. II, 172 Sp. Syrian. Sop. und Marcell. Schol. IV, 260. 881. 838. Sopat. Schol. V, 82. W. u. a. m.

III § 51), nicht minder die in die gleiche Periode fallende Schaffung der querela inofficiosi testamenti und die Extension des Rechtssatzes der XII Tafeln: usus auctoritas fundi biennium esto auf die aedes (Thl. III § 49), wie endlich der Rechtsanspruch der Marceller in dem Erbschaftsprocesse wider die patricischen Claudier (Thl. III § 51).

Die ratiocinatio regt zuerst die Principfrage wegen der Prävalenz von verbum oder von voluntas an, wobei die Ergänzung der Lücke durch das Hülfsmittel der ratiocinatio und similitudo nach dem ersteren Principe schlechthin ausgeschlossen, nach dem Principe der voluntas aber ordnungsgemäß ist. Beide Principien stehen, wie beim scriptum et voluntas, in Cicero's rhetorischen Werken noch gleichmäßig sich gegenüber, und erst bei den späteren römischen, wie bei den griechischen Rhetoren ist das Princip der voluntas zum vollen Durchbruch gekommen, d. h. die Zulässigkeit der ratiocinatio ohne Widerrede anerkannt (Thl. III § 10 und 22). Bei Cornificius dagegen wird hierbei des Principienstreites gar nicht gedacht, wohl aber der Interpretationsfall durch Beispiele veranschaulicht, welche selbst auf dem Fundamente der aequitas stehen.

Sodann bei der zweiten Frage, durch welche Argumente das nach dem Principe der voluntas gewonnene Resultat der similitudo sich stützen lasse, werden folgende Rechtfertigungsgründe an die Hand gegeben:

a. die Uebereinstimmung des Resultates der similitudo mit der aequitas:

Cic. de Inv. II, 50, 150: qui fieri possit, ut, qui hoc aequum esse concedat, illud neget, quod — aequius — sit; § 151: aequitas rei demonstranda est;
Quint. VII, 8, 7: de aequo tractatus potentissimi;
Fortunat. II, 11: collectivus status — dividitur — iusto, coniectura, utili, honesto.

b. Das Ausgelassene ist absichtlich von dem Redenden als selbstverständlich weggelassen worden, dem das Gegenargument entgegensteht, daß überhaupt gar keine Lücke vorliege, indem der Redende Alles gesagt habe, was er sagen wollte:

Cic. de Inv. II, 50, 150: idcirco de hac re nihil esse scriptum, quod, cum de illa esset scriptum, de hac is,

qui scribebat, dubitaturum neminem arbitratus sit;

Auct. ad Her. II, 12, 18: quaeretur, utrum consulto de ea re scriptum non sit, quod non voluerit cavere, an quod satis cautum' putavit propter ceterorum scriptorum similitudinem;

Jul. Vict. III, 15: quaeritur aut, an satis lege cautum sit, aut an nihil propriae legis habeat et similitudine uti debeat;

Quint. VII, 8, 7: haec quaeruntur: — — an satis lege cautum sit?

## § VIII.

### Die leges contrariae.

Die leges contrariae oder ἀντινομία oder dergl.[65]) ist derjenige status legalis und Interpretationsfall, bei welchem die Mangelhaftigkeit der Willenserklärung darin beruht, daß zwischen zwei verschiedenen Willenserklärungen der nämlichen Persönlichkeiten ein zweifelhaftes Verhältniß des Widerspruchs obwaltet, gleichgültig übrigens, ob jene beiden Willenserklärungen in Einen juristischen Act zusammenfallen oder zwei verschiedenen Acten angehören:

Auct. ad Her. I, 11, 20: quom alia lex iubet aut permittit, alia vetat quippiam fieri;

65) A. 24. Diesen Status behandeln Auct. ad Her. I, 11, 20. II, 10, 15. Cic. de Inv. I, 13, 17. II, 49 Part. Or. 31, 108. 39, 137. 138. Top. 25, 96. de Orat. I, 31, 140. Quint. VII, 7. Victorin. in Cic. Rhet. p. 193. 297 fg. Fortunat. I, 28. II, 10. Sulp. Vict. 62. Jul. Vict. III, 13. IV, 9. Mart. Cap. V, 15. Aristot. Rhet. I, 55, 27. Sp. I, 15, 9. Did. Anaxim. Ars. rhet. I, 232, 24. Sp. Hermog. de Stat. II, 141. 169 fg. Sp. Syrian. et Marcell. Schol. IV, 262 fg. 815 fg. Sopat. V, 82. 105 fg. 201 fg. Max. Plan. V, 359 fg. Matth. Cam. VI, 610. 628 fg. Proleg. VII, 28, 32. Anonym. VII, 644 fg. Cyr. VIII, 398. W. Volkmann Hermagoras 24 fg. 283 fg. — Cic. de Orat. II, 26, 110. Quint. VII, 7, 1. 10, 1. Sulp. Vict. 62. Hermog. de Stat. II, 141. 169. Sp. Syrian. Sopat. et Marcell. Schol. IV, 262 fg. 269. 815. 817 fg. 820. Max. Plan. V, 359. Anonym. Schol. VII, 644. 656 fg. 665 fg. W. fassen die antinomia lediglich als verdoppelten Status des scriptum et voluntas auf, wobei jedoch derselben gewisse Eigenthümlichkeiten zuerkannt werden. — Unter leges versteht Quint. VII, 7, 10 hier nur Erlasse der Staatsgewalt, Sopat. Schol. V, 201. Cyr. VIII, 398. W. aber jedes juristische Schriftstück.

Cic. de Inv. II, 49, 144: cum inter se duae videntur leges aut plures discrepare; und ebenso I, 13, 17. vgl. Part. Or. 31, 108.
vgl. Sulp. Vict. 62. Jul. Vict. III, 13. Mart. Cap. V, 15. Cassiod. Rhet. 6. Isid. Orig. II, 5, 9.
Hermog. de Stat. II, 141 Sp.: ἔστι — ἀντινομία δύο ἢ καὶ πλειόνων ῥητῶν ἢ καὶ ἑνὸς διαιρουμένου μὴ φύσει ἐναντίων, κατὰ περίστασιν δὲ μάχη· καὶ ὅλως διπλῆ τίς ἐστι ζήτησις ῥητοῦ καὶ διανοίας (s. A. 65);
vgl. Syrian. Schol. IV, 815. Sopat. Schol. V, 82. Max. Plan. V, 231. Matth. Cam. VI, 610. Cyr. VIII, 398 W.

Die Aufgabe der Interpretation geht hier in erster Linie dahin, die Beschaffenheit des Widerspruches darzulegen: entweder ist der Widerspruch ein nur scheinbarer und dann gelten die beiden scheinbar widersprechenden Satzungen gleichwerthig; oder der Widerspruch ist ein wirklicher und dann löst er sich entweder durch Prävalenz der einen Satzung vor der anderen, oder durch Aufhebung der einen Satzung durch die andere oder durch gegenseitige Vernichtung beider Satzungen [66]), worüber nun in zweiter Linie zu entscheiden ist: utrum magis sit comprobandum (Cic. Part. Or. 31, 108. de Inv. II, 49, 145 fg.)

Ein Beispiel der Antinomie bietet Cic. p. Balb. 8 fg., wo

---

66) So in ersterer Beziehung nach dem Verhältnisse von lex specialis und generalis. In zweiter Beziehung vgl. Syrian. et Sopat. IV, 264. Sopat. V, 106. Anonym. VII, 645. 664. W. Quint. VII, 7, 2: manifestum est, nunquam esse legem legi contrariam iure ipso; quia, si diversum ius esset, alterum altero abrogaretur; sed eas casu collidi et eventu; Jul. Vict. III, 13. Für den Fall des diesfallsigen Widerspruches griff das XII Tafelgesetz Platz: quodcumque postremum populus iussit, id ius ratumque esto: Liv. VII, 17, 12 vgl. Liv. IX, 33, 8. 34, 6, 7; bei unzweifelhafter Posteriorität der einen lex oder auch des einen Testamentes liegt daher überhaupt gar kein Interpretationsfall vor, was übersehen ist von Cic. de Inv. II, 49, 145. Auct. ad Her. II, 10, 15. Quint. VII 7, 8. Fortunat. II, 10. Anonym. Schol. VII, 662. W. In dritter Beziehung vgl. z. B. Cels. 17 Dig. (D. L, 17, 188. pr.): ubi pugnantia inter se in testamento iuberentur, neutrum ratum est, und eine Anwendung hiervon bei Florent. 10 Inst. (D. XXVIII, 5, 49. pr.).

solche vom Ankläger behauptet, von Cicero aber geleugnet wird[67]).

Der Gegensatz der Principien von verbum und voluntas spitzt sich nun hier darauf zu, daß jenes den Widerstreit der Worte an sich betrachtet, dieses aber den Widerstreit der Willensbestimmung des Redenden untersucht. Dieser Gegensatz aber der Principien kommt bei Cornificius und Cicero nur ganz nebenbei zur Erwähnung und gelangt hierbei in verschiedener Weise zur Geltung. Und zwar bei Cornific. und Cic. de Inv. II, 49, 147 (s. Thl. III § 25) wird lediglich das Princip der voluntas erwähnt, dies jedoch ebenso nur nebenbei, wie lediglich in Bezug auf die eine der widerstreitenden leges, sei es die vom Orator bekämpfte, wie bei Cornificius, sei es die von demselben vertretene lex, wie bei Cicero. Dagegen bei Cic. Orat. Part. 39, 138 (s. Thl. III § 12) werden beide Principien zugleich und neben einander empfohlen und zwar für je eine der beiden leges je eines der beiden Principien. Dagegen die griechischen Rhetoren und Quintilian sind ganz von den für das scriptum et voluntas maaßgebenden Anschauungen (§ IV) beherrscht (A. 65), während bei den späteren römischen Rhetoren der Gegensatz der Principien gar nicht berührt wird (vgl. Thl. III § 12. 25.)

Für die anderweite Frage, auf welche Rechtfertigungsgründe die Interpretation bei diesem Status sich stützen lasse, giebt die Rhetorik folgende an die Hand[68]): der Vorzug der Geltung wird für das eine der mehreren widerstreitenden Gesetze begründet und bemessen nach dem Maaßstabe:

a. der Interessen, denen ein Gesetz dient: diejenigen Interessen, welche nach dem Werthmesser der utilitas oder honestas oder necessitudo die höheren sind, begründen den Vorzug des betreffenden Gesetzes:

---

67) Irrig ist, wenn Kayser zu Cornif. II, 12, 17 und nach ihm Volkmann a. O. 214 hier constitutio definitiva annehmen: die definitio, welche hier gegeben wird, ist lediglich der Topus des obigen Status. Richtig ist Kayser zu Cornif. II, 10, 15.

68) Cic. Part. Or. 39, 137. 138 sagt, daß die für das ambiguum und scriptum et voluntas vorgetragenen Rechtfertigungsgründe auch hier Platz greifen.

Cic. de Inv. II, 49, 145: considerando, utra lex ad maiores hoc est ad utiliores, ad honestiores ac magis necessarias res pertineat; ex quo conficitur, ut — ea maxime conservanda putetur, quae ad maximas res pertinere videatur;

vgl. Quint. VII, 7, 7. Fortunat. II, 10.

b. des Characters des Gesetzes: das Präceptivgesetz geht voran dem Permissivgesetz, und das Prohibitivgesetz corrigirt wiederum in manchen Fällen das Präceptivgesetz:

Cic. de Inv. II, 49, 145: considerando — —, utra lex iubeat aliquid, utra permittat: non id, quod imperatur necessarium, illud, quod permittitur, voluntarium est; § 146: deinde utra lex iubeat, utra vetet: nam saepe ea, quae vetat, quasi exceptione quadam corrigere videtur illam, quae iubet;

vgl. Auct. ad Her. II, 10, 15. Quint. VII, 7, 7.

c. der Sanction des Gesetzes: dasjenige Gesetz prävalirt, welches überhaupt eine Strafe, und sodann, welches die größere Strafe setzt:

Cic. de Inv. II, 49, 145. 146: considerando — —, in utra lege, si non obtemperatum sit, poena afficiatur aut in utra maior poena statuatur: nam maxime conservanda est ea, quae diligentissime sancta est;

d. der Qualität des durch das Gesetz geregelten Thatbestandes: die personalis constitutio prävalirt der lex specialis, und die Letztere wiederum der lex generalis:

Cic. de Inv. II, 49, 146: considerando — — utra lex de genere omni, utra de parte quadam, utra communiter in plures, utra in aliquam certam rem scripta videatur: nam quae in partem aliquam et quae in certam quandam rem scripta est, propius ad causam accedere videtur et ad iudicium magis pertinere;

vgl. Fortunat. II, 10.

e. der Qualität der durch das Gesetz gesetzten Ordnung: die kategorisch vorgeschriebene Regel geht voran der hypothetisch vorgeschriebenen:

Cic. de Inv. II, 49, 146: considerando — — ex lege utrum statim fieri necesse sit, utrum habeat aliquam moram

et sustentationem: nam id, quod statim faciendum sit, perfici prius oportet;

f. der Makellosigkeit der Willenserklärung: dasjenige Gesetz verdient den Vorzug, welches, schlechthin nach seinem Wortsinne aufgefaßt, ohne Weiteres eine befriedigende Willensbestimmung ergiebt, gegenüber demjenigen Gesetze, dem nur unter der Voraussetzung eines Interpretationsfalles: einer ambiguitas oder ratiocinatio oder definitio ein befriedigender Sinn sich abgewinnen läßt:

Cic. de Inv. II, 49, 147: operam dare, ut sua lex ipso scripto videatur niti, contraria autem aut per ambiguum aut per ratiocinationem aut per definitionem induci, quo sanctius et firmius id videatur esse, quod apertius scriptum sit [69]; vgl. Victorin. in h. l. p. 298 H.

g. der utilitas oder honestas oder aequitas, welche dem Resultate der Interpretation zukommt [70]:

Cic. de Inv. II, 49, 147: videre oportebit et ex utilitatis et honestatis amplissimis partibus sumere —, ad utram potius legem accedere oporteat;

Quint. VII, 7, 8: plurimum tamen est in hoc (sc. in legibus contrar.): utrum fieri sit melius atque aequius.

## § IX.

### Das ἐπιεικές des Aristoteles.

Der in § IV fg. dargestellte Lehrstoff bietet für die Interpretationstheorie der Rhetoren eine besondere Bestätigung des in § I an die Spitze gestellten allgemeinen Urtheiles: wie die römische Rhetorik im Allgemeinen, so stützt auch die Interpretationstheorie der römischen Rhetoren sich auf griechische Vorgänger; denn griechischen Ursprunges ist die Scheidung und

69) Hiernach folgt die Vorschrift: die Antinomie wo möglich als eine nur scheinbare darzulegen, welchenfalls solche Auffassung dann den Vorrang verdient.

70) Quint. VII, 7, 8 fügt noch bei: Diejenige Lösung der Antinomie verdient den Vorzug, welche am wenigsten die Anwendung beider Gesetze beschränkt: utra lex minus perdat.

Wesenbestimmung der verschiedenen Classen von Interpretationsfällen. Eigenthümlich ist jedoch den ältesten römischen Rhetoren: dem Cornificius, Cicero und theilweise auch Quintilian die Behandlung der Topik bei der Interpretation, insofern dieselben das Hauptaugenmerk der Frage zuwenden, welchen Denkstoff hat die Topik herbeizuziehen? sonach: welche Rechtfertigungsgründe sind für eine gewisse Interpretation in Anwendung zu bringen? während die uns überlieferten griechischen, wie die späteren römischen Rhetoren das Hauptgewicht auf die Methode und die systematischen Figuren legen, in welchen der herbeigezogene Denkstoff zum Ausdruck zu bringen ist.

Eine zweite Eigenthümlichkeit sodann tritt bei Cicero und in abgeschwächtem Maaße auch bei Cornificius darin hervor, daß hier der Gegensatz der beiden Principien: Prävalenz des verbum oder aber der voluntas zu Tage tritt und namentlich beim scriptum et voluntas, wie bei der ratiocinatio eine klar bewußte und durchaus principale Würdigung bei Cicero findet. Inwieweit auch hierin etwa die ältesten griechischen Rhetoren demselben Vorbilder boten, ist nicht mehr zu erkennen; sicher aber ist der Behandlung jenes Gegensatzes bei Aristoteles ein maaßgebender Einfluß auf Cicero's System insofern beizumessen, als der Letztere für jenen Gegensatz, der zu seiner Zeit in dem römischen Forum so vielfach und in mehreren causes celèbres behandelt wurde, eine wohlausgebildete Theorie bei Aristoteles vorfand und damit zugleich das in seinen rhetorischen Schriften verarbeitete Material geboten erhielt. Dieß aber ist die aristotelische Theorie vom *ἐπιεικές* und *γεγραμμένον δίκαιον*, welche auf folgenden Sätzen beruht.

Das *ἴδιον δίκαιον* zerfällt in das *γεγραμμένον* und *ἄγραφον*, und ein Theil des Letzteren ist nun das *ἐπιεικές* [71]): ein Recht, welches neben dem geschriebenen Rechte als dessen selbstverständliches Supplement ungeschrieben geblieben ist: *τὸ παρὰ τὸν γεγραμμένον νόμον δίκαιον* [72]).

---

71) S. Thl. I A. 175. 176.

72) Arist. Rhet. I, 53, 2. Sp. I, 13, 13. Did. vgl. Plat. Defin. p. 412b. *ἐπιείκεια, δικαίων καὶ συμφερόντων ἐλάττωσις· μετριότης ἐν συμβολαίοις· εὐταξία ψυχῆς λογιστικῆς πρὸς τὰ καλὰ καὶ αἰσχρά.*

Das Dasein dieses Rechtes ist bedingt durch die Unzulänglichkeit des Wortes gegenüber dem legislatorischen Gedanken, sei es nun, daß unabsichtlich der Gesetzgeber anderer Worte sich bedient, als seiner Willensbestimmung entsprechen, sei es, daß die Sprache an sich unzureichend ist, den gesetzgeberischen Willen mit der erforderlichen Exactität wiederzugeben und daß insbesondere die Nothwendigkeit der generalisirenden Haltung des Gesetzes es mit sich bringt, daß ein zu allgemeiner Ausdruck in Ermangelung von geeigneten beschränkteren Bezeichnungen gewählt wurde [72b]).

Sonach ist das ἐπιεικές die einem Gesetze unterliegende, aber nicht exact verlautbarte Willensbestimmung des Gesetzgebers im Gegensatze zu dem ausgesprochenen Worte des Gesetzes, wobei nun der Ersteren die Prävalenz vor dem Letzteren zukommt:

Arist. Rhet. I, 53, 22 Sp. I, 13, 17. 18. Did.: *ἐπιεικὲς καὶ τὸ μὴ πρὸς τὸν νόμον, ἀλλὰ πρὸς τὸν νομοθέτην, καὶ μὴ πρὸς τὸν λόγον, ἀλλὰ πρὸς τὴν διάνοιαν τοῦ νομοθέτοὺ σκοπεῖν, καὶ μὴ πρὸς τὴν πρᾶξιν, ἀλλὰ πρὸς τὴν προαίρεσιν, καὶ μὴ πρὸς τὸ μέρος, ἀλλὰ πρὸς τὸ ὅλον, μηδὲ ποῖός τις νῦν, ἀλλὰ ποῖός τις ἦν ἀεὶ ἢ ὡς ἐπὶ τὸ πολύ·* vgl. Eth. Nic. V, 10, 4. 5. Pseudo-Arist. Magn. Mor. II, 1. 2.

Dieß aber begründet für das ἐπιεικές den Beruf, im Allgemeinen die Ergänzung, wie das Correctiv des geschriebenen Wortes: *τοῦ ἰδίου καὶ γεγραμμένου ἔλλειμα* und *ἐπανόρθωμα νόμου* zu sein [73]), im Besonderen aber bei Handhabung des Rechtes diejenigen Gründe zur Geltung zu bringen, welche,

---

Lexic. Seguer. in Bekker, anecdota graec. I, 243: *ἐπιεικές: ἱκανόν, μέτριον, εὔγνωμον.*

72b) Arist. Polit. III, 11, 4. Did.: *οσα γε μὴ δοκεῖ δύνασθαι διορίζειν ὁ νόμος οὐδ' ἄνθρωπος ἂν δύναιτο γνωρίζειν· ἀλλ' ἐπίτηδες παιδεύσας ὁ νόμος ἐφίστησι τὰ λοιπὰ τῇ δικαιοτάτῃ γνώμῃ κρίνειν καὶ διοικεῖν τοὺς ἄρχοντας·* Rhet. I, 52, 2 fg. Sp. I, 13, 13. Did.: *συμβαίνει — τοῦτο* (sc. *τὸ ἐπιεικὲς ἄγραφον εἶναι*) *τὰ μὲν ἀκόντων τὰ δὲ ἑκόντων τῶν νομοθετῶν, ἀκόντων μὲν ὅταν λάθῃ, ἑκόντων δ' ὅταν μὴ δύνωνται διορίσαι, ἀλλ' ἀναγκαῖον μὲν ᾖ καθόλου εἰπεῖν, μὴ ᾖ δέ, ἀλλ' ὡς ἐπὶ τὸ πολύ* vgl. § 14. Eth. Nic. V, 10, 4. 6. 7. Did.

73) Arist. Rhet. I, 52, 32. Sp. I, 13, 12. Did. Eth. Nic. V, 10, 3. 6. Did.

auf den Begriff des casus, ἀτύχημα und der imprudentia, ἁμάρτημα sich zurückführend, die juristische Zurechenbarkeit einer Handlung ausschließen [74].

Hieraus aber ergiebt sich ohne Weiteres die Bedeutung des ἐπιεικές für denjenigen, der nach dem Rechte urtheilt, wie für den, der danach handelt, und insbesondere der Letztere characterisirt sich als ἐπιεικής durch Befolgung der Anforderungen der ἐπιείκεια, wie namentlich durch Beobachtung der Rücksicht, nicht das summum ius zur iniuria zu verkehren, vielmehr von Jenem nachzulassen, selbst wenn ihm der Buchstabe des Gesetzes zur Seite steht [75].

Sodann erkennt aber auch Aristoteles dem ἐπιεικές eine Verwendung zu bei der Interpretation der Gesetze, in jenen Fällen nämlich, wo das legislative Wort die legislatorische Willensbestimmung nicht deckt, weil der Gesetzgeber, entweder unabsichtlich oder durch die Armuth der Sprache gezwungen, einen seinem Willen nicht conformen Ausdruck wählte (A. 72). Denn in solchem Falle stehen nun ἐπιεικές und γεγραμμένον δίκαιον einander gegenüber, die Frage wegen ihrer beiderseitigen Geltung anregend.

Gegenüber dieser Frage erklärt nun allerdings Aristoteles das ἐπιεικές ebenso für den vorzüglicheren Theil des Rechtes [76], wie insbesondere für das Supplement und Correctiv des γεγραμμένον (A. 73), daher denn auch Jenem dem Letzteren gegenüber eine derogatorische Macht zukommt [77]. Allein diese Darstellung vertritt in Eth. Nic. cit. die philosophische Ansicht des Aristoteles; indem sie dagegen in Rhet. I, 15, 4—11 cit. als rhetorische Lehre dem Orator zur Parteideduction an die Hand gegeben wird, so treten ihr nun hier in Rhet. I, 56, 3.

---

74) Arist. Rhet. I, 53, 16. Sp. I, 13, 16. Did.

75) Arist. Eth. Nic. V, 10, 8: ὁ μὴ ἀκριβοδίκαιος ἐπὶ τὸ χεῖρον, ἀλλ' ἐλλατωτικός, καίπερ ἔχων τὸν νόμον βοηθόν· vgl. Rhet. I, 53, 15. 28. 55, 26. Sp. I, 13, 15. 18. 15, 8. Did. Pseudo-Arist. Magn. Mor. II, 1.

76) Arist. Eth. Nic. V, 10, 2. 6.

77) Arist. Rhet. I, 55, 11. Sp. I, 15, 4. 5. Did.: φανερὸν — ὅτι, ἐὰν μὲν ἐναντίος ᾖ ὁ γεγραμμένος τῷ πράγματι, τῷ κοινῷ νόμῳ χρηστέον καὶ τοῖς ἐπιεικέσιν ὡς δικαιοτέροις. Καὶ ὅτι τὸ γνώμῃ τῇ ἀρίστῃ τοῦτ' ἐστί, τὸ μὴ παντελῶς χρῆσθαι τοῖς γεγραμμένοις.

Sp. I, 15, 12. Did. die Argumente entgegen, welche zur Vertretung der gegentheiligen Auffassung sich darbieten, und zwar:

a. der Richter hat geschworen, nach bestem Wissen dem gegebenen Gesetze gemäß zu urtheilen. Dieser Schwur gestattet ihm nicht, zuwider dem geschriebenen Gesetze Recht zu sprechen, selbst dann nicht, wenn er die Gründe des Gesetzgebers für die Wahl des gebrauchten Wortes nicht einzusehen vermag; denn in Wahrheit erstrebt Niemand das absolut Gute, sondern nur das, was ihm selbst gut erscheint [78]).

b. Ein Urtheil zuwider dem geschriebenen Gesetze greift ein in das Hoheitsrecht der Legislative: es ist gleich im Resultat, ob die Gesetze gar nicht gegeben, oder ob die gegebenen Gesetze nicht befolgt werden [79]).

c. Auch in anderen Disciplinen, so in der Medicin, sei es höchst schädlich, der gegebenen Vorschrift zuwider die eigene Ansicht geltend zu machen; von den Worten des Gesetzes abweichen ist aber nichts Anderes, als das individuelle Besserwissen dem Gesetze gegenüber geltend machen, was gerade durch die Gesetze verpönt werde [80]).

Diese ganze Darstellung des Aristoteles bekundet aber eine zwiefache höchst bemerkenswerthe Thatsache: einmal, daß die ältesten griechischen Rhetoren bei den Interpretationsfällen mit dem nämlichen Principienstreite von verbum und voluntas zu thun hatten, dem wir bei Cicero wie Cornificius begegnen, und diese Thatsache findet ihre evidente Bestätignng durch Anaximenes, Ars rhet. I, 231, 9 fg. Sp.; und sodann bietet Aristoteles unter a und b die nämlichen Argumente, die wir in Thl. III § 9 bei Cic. de Inv. und Part. Or. wiederfanden, und die bereits Anaximenes a. O. adoptirt hatte.

---

78) *τό τε γνώμῃ τῇ ἀρίστῃ λεκτέον, ὅτι οὐ τοῦ παρὰ τὸν νόμον ἕνεκα δικάζειν ἐστίν, ἀλλ' ἵνα, ἐὰν ἀγνοήσῃ τί λέγει ὁ νόμος, μὴ ἐπιορκῇ. Καὶ ὅτι οὐ τὸ ἁπλῶς ἀγαθὸν αἱρεῖται οὐδείς, ἀλλὰ τὸ αὑτῷ.* Vgl. Anaxim. Ars rhet. I, 232, 3 fg. Sp.

79) *Καὶ ὅτι οὐδὲν διαφέρει ἢ μὴ κεῖσθαι ἢ μὴ χρῆσθαι.* Vgl. Anaxim. cit. I, 232, 6 fg. Sp.

80) *Καὶ ὅτι ἐν ταῖς ἄλλαις τέχναις οὐ λυσιτελεῖ παρασοφίζεσθαι τὸν ἰατρόν· — — καὶ ὅτι τὸ τῶν νόμων σοφώτερον ζητεῖν εἶναι, τοῦτ' ἐστὶν ὃ ἐν τοῖς ἐπαινουμένοις νόμοις ἀπαγορεύεται.*

# Beilage XVIII.

## Die Begriffe von fides.

### § I.

Die durch das Wort fides getragenen Begriffe im Allgemeinen.

Die Grundbedeutung von fides ist Treue [1]), und dieser Fundamentalbegriff modificirt sich nach einer doppelten Beziehung und Richtung. Zunächst nämlich, indem die fides Prädikat eines Subjectes ist, ist das Verhältniß ein zwiefaches, in welchem solches Prädicat zu dem Subjecte steht: es ist dasselbe bald Qualität, welche dem Subjecte inliegt oder als demselben inliegend gedacht wird: Zuverlässigkeit, bald ist dasselbe Attribut, welches dem Subjecte von einem Dritten beigemessen oder als beigemessen gedacht wird: Zutrauen.

Sodann aber ist die Treue bald Sache des Gedächtnisses, bald Sache des Gewissens: dort das Wissen, hier das Wollen des Subjectes bestimmend.

Hieraus ergeben sich daher vier Unterbegriffe der fides:

A. als Qualität des Subjectes gedacht, ist die fides Zuverlässigkeit; im Besonderen nun aber ist

1. die Zuverlässigkeit in Dingen des Wissens oder die der Wahrheit entsprechende Zuverlässigkeit: die Wahrhaftigkeit; dagegen

2. die Zuverlässigkeit in Sachen des Wollens oder die der Pflichtmäßigkeit entsprechende Zuverlässigkeit: die Gewissenhaftigkeit, oder auch Redlichkeit insbesondere. Und indem diese fides auch für die Versprechungen insbesondere maaßgebendes Gesetz ist, so nimmt sie nun

3. in dieser besonderen Beziehung auch die Bedeutung an von Versprechen, Wort: an Stelle des regelnden Gesetzes vertritt sie nun begrifflich auch das durch dieses Gesetz geregelte Verhältniß.

4. Dafern das betreffende Subject selbst seine fides be-

1) Curtius, gr. Etym. 246. vgl. auch Döderlein, Synonymik V, 255. Corssen, Beitr. 227. 460.

sonders einsetzt als ein Bekräftigungsmittel oder als eine Garantie für seine Wahrhaftigkeit oder Gewissenhaftigkeit, so gewinnt nun in dieser Beziehung die fides die Bedeutung von Wort oder Treue in dem Sinne unseres „auf mein Wort, bei meiner Treue".

5. bei Rechtsverhältnissen insbesondere endlich, bei denen Jemand der Schirmherrlichkeit eines Anderen unterworfen ist und diese Schirmherrlichkeit selbst in eminentem Maaße auf die fides oder Gewissenhaftigkeit des Schirmherrn gestellt ist, wie bei dem Patronate über den cliens oder hospes oder der völkerrechtlichen Dicion über die dediticii, tritt nun die fides, ähnlich wie unter 3, als das für jenes Verhältniß pflichtmäßige Verhalten auch ein für das in solcher Weise geregelte Verhältniß selbst und gewinnt somit die Bedeutung von Schirmherrlichkeit.

B. Dagegen als Attribut des Subjectes gedacht, ist die fides das Zutrauen; und im Besonderen

1. das Zutrauen in Dingen des Wissens ist die gute Meinung von dem wahrheitsgemäßen Verhalten des Subjectes oder von der Wahrheitsmäßigkeit seiner assertorischen Aussage, somit das die Wahrheit voraussetzende Zutrauen: die Glaubwürdigkeit, der geschenkte Glaube; dagegen

2. das Zutrauen in Dingen des Wollens ist die gute Meinung von dem pflichtgemäßen Verhalten im Allgemeinen des Subjectes und so insbesondere auch von der pflichtgemäßen Erfüllung promissorischer Aussagen, somit das die Pflichterfüllung voraussetzende Zutrauen: die Vertrauenswürdigkeit, das geschenkte Vertrauen. Und dieser Begriff wiederum specialisirt sich

3. als Vertrauen, in Bezug auf obliegende pecuniäre Verpflichtungen Jemanden gewährt, zum Credit, als das die Solvenz oder die prompte Erfüllung pecuniärer Verbindlichkeiten voraussetzende Vertrauen.

## §. II.

### Der Begriff von Wahrhaftigkeit.

Die fides als Qualität des Subjectes, als Zuverlässigkeit aufgefaßt, gestaltet sich in Dingen des Wissens und Sagens, so-

mit also bezüglich assertorischer Aussagen zur Wahrhaftigkeit; so z. B. bei

Cic. p. Arch. 4, 8: habeas integerrimi municipii iusiurandum fidemque; p. Flacc. 33, 83: a fide aliquem abducere; 4, 9: testimoniorum fidem et religionem colere; p. Balb. 5, 11: veritate fidem esse constrictam;

Verg. Aen. IX, 79: prisca fides facto (i. e. fides est narrationi facti);

Serv. in Aen. III, 433: in homine — prudentia est, in vatibus fides.

Und in diesem Sinne wird nun, wie der mündlichen Aussage, so auch dem Schriftstücke fides beigemessen und so von fides contractus, tabularum, scripturae u. dergl. gesprochen, so von Paul. Sent. rec. V, 12, 11. 15, 4. 25, 6.

## § III.

### Die Begriffe von Gewissenhaftigkeit und von Wort.

Die fides als Qualität des Subjectes, als Zuverlässigkeit aufgefaßt, gestaltet sich in Dingen des Wollens und Handelns zur Gewissenhaftigkeit od. insbesondere bei gegebenen Versprechungen zur Redlichkeit. Die Verpflichtung selbst aber zu einem bestimmten Verhalten gegen einen Dritten, in Bezug auf welche die fides im Urtheile gesetzt wird, kann ebenso auf verschiedenen ethischen Gesetzen und auf verschiedenen Geboten derselben beruhen, wie demnach auch ganz verschiedene Anforderungen an das Subject stellen. So namentlich treten in den Quellen hervor:

1. die Verpflichtung zum Beistande oder zur Unterstützung, welche, auf der Stellung der Götter zu ihren Verehrern oder der Magistrate zu den Bürgern oder des Bürgers zu dem Mitbürger beruhend, durch die Anrufung und die Inanspruchnahme der fides Seitens des Hülfesuchenden wirksam gemacht wird.[2] Eine solenne Formel solcher Anrufung der fides ist pro deum atque hominum oder pro deum fidem, so z. B. Enn. 6 Sat. bei Donat. in Ter. Phorm. II, 2, 25. (p. 158 Vahl.), Plaut.

2) Vgl. Brisson. de Formul. VIII, 20—22.

Curc. V, 3, 16, wogegen eine abgekürzte Formel bietet Plaut. Aul. IV, 7, 11: tuam (sc. Deae) fidem! Ter. Andr. IV, 3, 1: Dii, vestram fidem! Typische Redewendungen sind: fidem clamare: Plaut. Men. V, 8, 4. Aul. II, 4, 20. Varr. LL. VI, 7, 68.; implorare: Att. bei Non. 479, 10. 307, 8. Liv. II, 55, 6.; invocare: unben. Tragiker bei Censor. fr. c. 14 Jahn (p. 212 Ribb.), Tac. Hist. II, 9; nuncupare: Pacuv. bei Non. 90, 12. (p. 78 Ribb.); obsecrare: Plaut. Most. I, 1, 74. II, 2, 97. Men. V, 7, 10. Mil. III, 2, 48. Amph. I, 1, 217. Cist. IV, 1, 11; obtestare: Liv. II, 10, 3. VIII, 33, 23, sowie per fidem obsecrare: Enn. bei Non. 399, 8. (p. 30 Ribb.), Plaut. Trin. I, 2, 116.

2. die Pflichten des Magistrates, des Senator, des Bürgers gegenüber dem Staate, so namentlich in der staatsrechtlichen Formel: ita uti ei e re publica fideque sua esse videbitur;[3]) in den tabulae censoriae bei Varr. L.L. VI, 9, 86: quod bonum — siet mihi collegaeque meo, fidei magistratuique nostro; in der lex devovendi bei Macr. Sat. III, 9, 11: pro me, fide magistratuque meo — devoveo, ut me meamque fidem imperiumque — salvos siritis esse; und so z. B. auch Cic. Phil. XII, 12, 10: meam fidem rei publicae constantiamque praestitero; vgl. auch Enn. bei Cic. de Off. I, 8, 26. u. de Rep. I, 32, 49: nulla sancta societas nec fides regni est.

3. die Pflichten des arbiter oder iudex gegenüber den streitenden Parteien, so z. B. Plaut. Rud. IV, 3, 104. Cic. p. Rosc. com. 15, 45: fides et religio iudicis.

4. die ethischen Pflichten der Eltern gegenüber den Kindern, so Ter. Andr. I, 5, 45. oder des Patrons gegenüber den Clienten, worüber s. § V, oder zwischen Freunden, so z. B. Plaut. Trin. V, 2, 2: fides fidelitasque amicum erga; Liv. I, 1, 8. und dergl.; und so nun insbesondere auch

5. die Pflichten des Fiduciarerben gegenüber dem Fideicommissar, worauf in dem Fideicommiß selbst hingewiesen zu werden pflegt in den Worten: fidei tuae committo.[4])

3) Vgl. Brisson. l. c. II, 104. 105. C. J. L. I no. 200. lin. 35. no. 203. lin. 11.

4) Vgl. Brisson. l. c. VII, 146.

6. am Bedeutungsvollsten treten jedoch hervor die durch Vereinbarungen oder Versprechungen begründeten Verpflichtungen, auf welche sogar mehrfach das Wesen der fides zurückgeführt wird und so zwar von

Cic. de Off. I, 7, 23: fides est dictorum conventorumque constantia et veritas — — credamusque, quia fit quod dictum est, apellatam fidem; Part. Orat. 22, 78: iustitia — erga parentes pietas, creditis in rebus fides — nominatur; de Rep. IV, 7, 7: fides nomen ipsum mihi videtur habere, cum fit quod dicitur; vgl. de Off. I, 5, 14: rerum contractarum fides;

Donat. in Ter. Andr. 1, 1, 7: fides est commendatorum fida executio vel observantia;

Isid. Orig. VIII, 2, 4: proprie — nomen fidei inde est dictum si omnino fiat, quod dictum est aut promissum. Et inde fides vocata ab eo, quod fit illud, quod inter utrosque placitum est; und danach Papias Vocab. v. fides und fideicommissum.

Und in dieser Beziehung vollzieht sich nun auch der analoge Proceß, wie in § V, d. h. die fides als das für die promissa pflichtmäßige Verhalten nimmt mitunter geradezu die Bedeutung an von promissum: Wort, Versprechen, als des Verhältnisses, welches durch sie geregelt wird, so bei Plaut. Pers. II, 2, 11. 12.

Typische Redewendungen zu 1—5 sind: fidem accipere Liv. XLIII, 10, 3. vgl. § IV; accomodare: Gai. 15 ad l. Jul. et Pap. (D. XXXIV, 9, 10. pr.), Paul. 9 Quaest. (D. XXVIII, 6, 43. § 3); adhibere: Plaut. Rud. IV, 3, 104; amittere: Nep. Eum. 10, 2; adstringere: Ter. Eun. I, 2, 22. Cic. de Off. III, 31, 111. Pap. 2. 11 Resp. (D. III, 4, 67. XLVI, 1, 52. § 2); conservare: Cic. de Off. I, 13, 39; dare s. § IV; eligere (fidem i. e. hominem fidum): Pap. 9. 10 Resp. (D. XXII, 2, 3. XVII, 1, 57), Ulp. 30 ad Ed. (D. XVI, 3, 1. § 4), Hermog. 1 Jur. Ep. (D. V, 1, 53); exhibere: Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 2); explere: Marc. 4 Fideic. (D. XII, 6, 62); exsolvere: Liv. III, 19, 1. XXIV, 16, 12. XXVII, 5, 6. Plin. Ep. II,

12, 6. Cels. 10 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15); fallere: Cic. de Off. I, 13, 39. Liv. V, 51, 10. IX, 11, 12. XXIX, 24, 3. Ov. Am. III, 3, 1; firmare: s. § IV; frangere: Attius bei Cic. de Off. III, 28, 102. Cic. p. Rosc. Com. 6, 16; interponere: Cic. Brut. 23, 89. Afric. 2 Quaest. (D. XXVIII, 5, 46); laedere: Cic. p. Rosc. Am. 38, 111; liberare: Cic. ad Fam. XII, 7, 2. p. Flacc. 20, 47. Suet. Claud. 9; mutare cum aliquo: Plaut. Mil. IV, 1, 36. Ter. Phorm. III, 2, 27. Sall. Jug. 60. Liv. XXII, 22, 6; negligere: Cic. de har. resp. 17, 36; obligare: Cic. Phil. V, 18, 51. Suet. Claud. 9. Scaev. 16 Dig. (D. XXXIV, 3, 28. § 6), 3 Resp. (D. eod. fr. 31 § 4), Pap. 3 Resp. (D. XVI, 1, 27. § 2), Paul. 3 Quaest. (D. XLVI, 1, 54); obstringere: Liv. XXIII, 9, 3. XXX, 15, 1. Plin. Ep. IV, 13, 10; pendere ex aliqua re: Liv. XXVIII, 17, 7; perdere cum aliquo: Plaut. Merc. III, 4, 40. Curc. IV, 2, 18. Pseud. I, 3, 142. P. Syri sent. 159. f. (p. 271 Ribb.); persolvere: C. J. L. II no. 5042 lin. 10; petere: Liv. XXXVII, 10, 4; praestare:[5]) Cic. ad. Fam. I, 7, 6. 9, 10. V, 11, 3. ad Att. XVI, 7, 2. de Div. II, 37, 79. Liv. XXX, 15, 5. Sen. de Ben. VII, 16, 3. Val. Max. II, 9, 8. Cels. 10 Dig. bei Ulp. 32 ad Sab. (D. XXIV, 1, 5. § 15); rumpere: Liv. IX, 40, 18. XXIV, 29, 5. XXVIII, 32, 5; sancire: Liv. I, 1, 8. XXVIII, 35, 1; sequi:[6]) Plaut. Bacch. IV, 3, 15. 22. Cic. de Div. II, 37, 78. Nep. Them. 7. Gai. IV, 70. Inst. Just. II, 1, 41; servare cum aliquo: Plaut. Most. IV, 3, 28. Trin. IV, 3, 42. Curc. I, 2, 49. Pseud. I, 5, 104. Ter. Hec. III, 3, 42. Cic. de Off. III, 29, 107. in Vat. 6, 15. Verg. Aen. II, 160; solvere:[7]) Ter. And. IV, 1, 19. Cic. ad Fam. X, 21, 3. Flor. I, 1, 12; supponere: Cic. p. Rosc. Am. 38, 111; violare: Cic. de Off. III, 29, 104. p. Rab. 10, 28. Liv. XXI, 25, 7; fidei committere: Cic. de Off.

---

5) D. i. facere ut fides salva sit: vgl. Manut. zu Cic. ad Div. I, 7.

6) D. i. credere: Non. Marc. 275. Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 1) und so auch Plaut. Asin. II, 4, 52 verglichen mit 56, wie Plaut. Pers. V, 2, 8. verglichen mit II, 3, 12. 27. 28. Vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 200, woselbst die weiteren Citate.

7) D. i. exsolvere; vgl. Duker zu Flor. cit.

I, 34, 124. Gell. V, 9, 10. Serv. in Verg. Buc. III, 2. vgl. Non. Marc. 275, 7; fide decipere: Cic. p. Rosc. Am. 38, 110; fide facere: Plaut. Mil. II, 5, 46; in fide manere: Cic. p. dom. 25, 66; in fide stare: Cic. p. Rab. 10, 28; in fidem confugere: Marc. 2 Inst. (D. XL, 1, 5. pr.)

## § IV.

### Der Begriff von Auf mein Wort, bei meiner Treue.

In gewissen Sachverhältnissen und Wortverbindungen gewinnt nach § III unter 5 die fides die begriffliche Bedeutung von Wort. Unter bestimmten Voraussetzungen nun kann dieser Begriff von Wort gewissermaaßen eine comparative Steigerung erfahren, indem mit ihm die Auffassung sich verbindet, daß in einem höheren Grade das Wort engagirt sei. Und diese Steigerung vom ethischen Werthe des Wortes wird bezeichnet durch firmare fidem: [8])

Plaut. Mil. II, 5, 43: das firmatam fidem; Ter. Hec. V, 1, 23 fg.: si aliud scirem, qui firmare meam apud vos possem fidem, | sanctius quam iusiurandum.

Dieses firmare fidem selbst aber geschieht theils durch den promissorischen Eid, theils in symbolischer Weise: durch das dextram dare, theils in directer Weise und nuncupativer Form: dare et accipere fidem (vgl. Thl. III § 38):

Enn. Ann. I, 154. bei Macr. Sat. V, 1, 13. Verg. Aen. VIII, 150. Liv. XXII, 22, 16. XXVIII, 17, 8. 35, 12. Sall. Cat. 44, 3. vgl. Liv. XXXVIII, 33, 3.

oder dare, inter se dare fidem:

S. C. de Bacchan. v. 568 in C. J. L. I no. 196. lin. 14. Attius bei Cic. de Off. III, 28, 102. Plaut. Pers. II, 2, 61. Ter. Andr. II, 3, 27. Ad. III, 4, 27. Phorm. III, 2, 7. Cic. ad Fam. I, 9, 12. de Off. I, 13, 39.

---

8) Daneben bedeutet firmare fidem auch: durch die That bekräftigen und zwar ebenso durch Erfüllung des Versprochenen: Ter. Andr. III, 1, 3. Hec. IV, 2, 5, wie durch Gewährung eines realen Unterpfandes für Erfüllung des Versprochenen, so z. B. durch Stellung von obsides, pignus und dergl. vgl. Hirt. B. G. VIII, 27, 1: civitates in fidem — obsidibus firmat.

de Fin. II, 20, 65. Caes. B. G. I, 3, 8. Liv. I, 58, 7. VIII, 18, 4. XXI, 25, 7. XXII, 6, 11. XXXII, 30, 8. XXXVII, 10, 4. XL, 46, 15. Schol. in Pers. V, 80, vgl. Gloss. Paris. Hildebr. p. 288, 8: fidedatores.

Und bei dieser wörtlichen Einsetzung gewinnt nun die fides den Sinn von Wort, Treue in jener gesteigerten Bedeutung, die es in unserem „auf mein Wort, bei meiner Treue" hat, d. h. einer wohlüberlegten und vollen Einsetzung der persönlichen Wahrhaftigkeit für die Wahrheit der assertorischen oder der persönlichen Gewissenhaftigkeit, für die Erfüllung der promissorischen Aussage. Jene Wortverbindungen selbst aber sind folgende:

1. fidem do: Plaut. Mil. II, 5, 43. f.: Scel. te nusquam mittam, nisi das firmatam fidem | te huc, si omisero, intro ituram. Phil. Do fidem, si omittis, isto me intro ituram. Rud. IV, 3, 14. f.: Tr. si fidem modo | das mihi te non fore infidum. | Gr. Do fidem tibi. Ter. Hec. I, 2, 37. f.: Pa. si mihi fidem das | te tacituram, dicam. | Ph. — Fidem do: loquere!

2. fidem oder fide dico: Scaev. 6 Dig. (D. XVII, 1, 62. § 1): mando tibi, ut fidem dicas pro Publilio Maevio apud Sempronium; Schol. in Pers. V, 79: Marco spondente i. e. fidem dicente; August. Gramm. p. 2002 Putsch: fide dico; Gloss. Paris. Hildebr. p. 288, 6: fide dicit; Exc. Pith. bei Gothofr. Gramm. p. 78: fidem dicit; Gloss. Mai. VI. p. 550: fide dicit;

3. fide mea spondeo: Plin. Ep. I, 14, 10. Fronto ad M. Caes. II, 8. Kaufsinstrument in Richter, krit. Jahrb. 1837. I, 763.

4. fide mea promitto (mit correspondirendem fide rogare in der Form von fide tua promittis?): Plaut. Men. V, 4, 6: sanum futurum mea ego id promitto fide; Pseud. I, 3, 87: face hoc, quod te rogamus — mea fide, si isti formidas credere; Gai. III, 92. 112. 116. Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1.), Inst. Just. III, 15, 1 und in den siebenbürgischen Wachstafeln bei Mommsen in Monatsber. d. berl. Akad. 1857. S. 519. no. I lin. 4. II, 2. III[a], 7. IV, 5. und bei Detlessen in Sitzungsber. d. phil. hist. Cl. d. Akad. d. Wiss. zu Wien 1857.

XXIII. S. 605 no. I, 3. lin. 1. 2. S. 625 fg. no. I, 1. 5. 6. III[a], 2. 3. S. 638. lin. 7. 8.

5. fidei meae erit: Paul. Sent. rec. II, 3, 1.

6. per meam fidem, gleich als Schwurclausel: Dion. XI, 54: *ὅρκους, οἵπερ εἰσὶ μέγιστοι ἐν αὐτοῖς, κατὰ τῆς ἑαυτῶν πίστεως διωμοσάμενοι.*[9]) Plut. Num. 16.

Und diesem letzteren Gebrauche entspricht, wenn die fides: die Wahrhaftigkeit oder Gewissenhaftigkeit Jemandes bei einer Anforderung an denselben gleich als Zeuge oder Schiedsrichter der Gerechtigkeit solcher Anforderung von einem Anderen in der Formel per fidem tuam [10]) angerufen wird, so Ter. Andr. I, 5, 55.: te oro per tuam fidem; Petr. Sat. 24: per fidem vestram; Dial de Orat. 35: per fidem.

## § V.

### Der Begriff von Schirmherrlichkeit.

Das römische Recht kennt gewisse Rechtsverhältnisse, welche, auf dem Boden des Völker- oder Sacral- oder Staatsrechtes stehend, dem einen Interessenten eine Schutzpflicht gegenüber dem Anderen auferlegen, in ähnlicher Weise, wie auf dem Gebiete des Privatrechtes solche Pflicht auch dem Tutor, wie dem Inhaber der manus und patria potestas obliegt. Das für solche Verhältnisse maaßgebende Gesetz des pflichtmäßigen Verhaltens ist nun die fides im Sinne von § III. Allein bei jener ersteren Gruppe von Schutzverhältnissen gewinnt die fides daneben noch eine andere Bedeutung: die fides wird zugleich begrifflicher Repräsentant jenes Verhältnisses selbst, für welches die fides im Sinne von § III das Gesetz des pflichtmäßigen Verhaltens bildet. Und hiermit ergiebt sich nun in jener ersteren Beziehung der Begriff von Schirmherrlichkeit.[11])

9) Dagegen Dion. IX, 10 geht auf die Formel: bona fide.

10) Vgl. Lasaulx, Abh. 210. A. 9.

11) Von hier aus leitet sich für publica fides der technische Begriff ab von Straflosigkeit des Königszeugen (im Sinne des englischen Processes), ein Privileg, welches durch Sen. Cons. ertheilt ward. Die Stellen hierfür sind: Cic. ad Att. II, 24, 2. in Cat. III, 4, 8. p. Rab. perd. 10, 28. Sall. Cat. 47, 1. 48, 4. Diese Institution ist wohl aus fremdem Rechte importirt und nur dem Ausgange der Republik angehörig; die Werke über röm. Criminalproceß scheinen ausnahmelos dieselbe zu übersehen.

Die Verhältnisse selbst aber, in denen solche Schirmherrlichkeit enthalten ist, sind folgende:

1. Die dicio des Staates über den populus dediticius (Thl. II A. 284), so z. B.

Cic. de Off. I, 11, 33.: nationes devictas bello in fidem recipere; Liv. XXXIV, 35, 10.: se suaque in fidem ac dicionem pop. Rom. tradidissent; Val. Max. VI, 5, 1.

2. das Patronat und zwar

a. über den Clienten, so z. B.

Gell. V, 13, 2.: clientes —, qui sese — in fidem patrociniumque nostrum dederunt; XX, 1, 40: clientem in fidem acceptum;

b. über den hospes, so z. B.

Sall. Jug. 35, 7: Bomilcar, comes eius, qui Romam fide publica venerat; vgl. 33, 3.;

c. über Corporationen, so z. B.

Cic. p. Scaur. 2, 27: Reatini, qui sunt in fide mea; ad Att. VI, 1, 5: civitas in Catonis — fide locata; ad Fam. XIII, 65, 2: ea societas universa (sc. publicanorum) in mea fide est;

d. in späterer Zeit über den Colonen, so z. B.

Hermog. 2 Jur. Epit. (D. XIX, 1, 49. pr.): colonum — in fidem suam recipiat.

An diesen technischen Sprachgebrauch schließt sich nun aber fernerweit an

3. ein untechnischer und figürlicher Sprachgebrauch, in welchem Verhältnisse als fides bezeichnet werden, die theoretisch solche Anerkenntniß als Schirmherrlichkeit nicht gefunden haben. Beispiele hierfür bieten:

a. ehemännliche Gewalt und Tutel, so z. B.

Ter. Andr. I, 5, 60 f.: te isti virum do, amicum, tutorem, patrem: | bona nostra haec tibi permitto et tuae mando fidei.

b. die Stellung des Gönners oder Protectors, wie des Beistandes und Beschützers, so z. B.

Cic. ad Fam. VII, 17, 2: te ex adolescentia tua in amicitiam et fidem meam contulisses; Sall. Cat. 35, 6:

Orestillam commendo tuaeque fidei trado: eam ab iniuria defendas;

c. die Stellung des patronus causae, so z. B.

Cic. ad Att. XV, 14, 3: Buthrotiam — causam — velim receptam in fidem tuam;

d. die Amtsgewalt des Richters gegenüber den Parteien und resp. dem Angeklagten:

Cic. p. Arch. 12, 31: petimus a vobis, iudices, — ut eum — in vestram accipiatis fidem; p. Font. 18, 40: frugi igitur hominem, iudices, — — videtis positum in vestra fide ac potestate atque ita, ut commissus sit fidei, permissus potestati; p. Rosc. Am. 33, 93. 97, 106.

Typische Redewendungen sind: fidei se commendare: Ter. Eun. V, 2, 47; se committere: Ter. Eun. V, 2, 47. Cic. p. Font. 18, 40; se conferre: Cic. p. Rosc. Am. 37, 106; se mandare: Ter. Andr. I, 5, 61; fidem interponere: Cic. Brut. 23, 89. ferner: in fidem accipere. Cic. p. Arch. 12, 31; se commendare: Ter. Eun. V, 9. 9; se committere: Ter. Hec. prol. II, 45. I, 2, 34. Liv. XXX, 14, 4; se conferre: Cic. ad Fam. VII, 17, 2; se dare: Liv. XXXIX, 54, 7. Gell. V, 13, 2; se dedere: Liv. XLII, 8, 5. Epit. Liv. 49; perfugere: Liv. XXVIII, 7, 12; se permittere: Liv. XXXVI, 27, 8; recipere: Cic. de Off. I, 11, 35. ad Att. XV, 14, 3; se tradere: Liv. XXXIV, 35, 10. XXXVI, 28, 4. XXXVIII, 31, 2. endlich: in fide esse: Cic. p. Rosc. Am. 33, 93. p. Scaur. 2, 27. p. Planc. 41, 97. ad Att. XIII, 65, 2. Liv. VIII, 1, 10; locari: Cic. ad Att. VI, 1, 5; poni: Cic. p. Font. 18, 40.

## § VI.

### Der Begriff von Glaubwürdigkeit, geschenkter Glaube.

Die fides als Attribut des Subjectes, als Zutrauen aufgefaßt, gestaltet sich in Dingen des Wissens und Sagens, somit also bezüglicher assertorischer Aussagen zur Glaubwürdigkeit oder zum geschenkten Glauben;[12]) Cic. Part. Or. 3, 9.:

---

12) Vgl. Drakenborch zu Liv. II, 24, 6. XXI, 47, 5. Duker zu Flor. III, 16, 6.

fides est firma opinio; de Off. II, 9, 33: iis fidem habemus, quos plus intelligere quam nos arbitramur quoque et futura prospicere credimus et, cum res agatur in discrimenque ventum sit, expedire rem et consilium ex tempore capere posse; so z. B.

Ter. Andr. V, 2, 15: inest in verbis fides;

Cic. Top. 2, 8.: argumentum (sc. esse) orationem, quae rei dubiae faciat fidem; de Orat. II, 37, 156: orationis fides;

oder auch in Beziehung auf Schriftstücke, z. B. bei

Cic. p. Arch. 5, 9.: fides tabularum.

Typische Redewendungen sind: fidem abrogare: Liv. VIII, 18, 3; addere: Liv. I, 16, 5. II, 24, 6; adiungere: Cic. de Div. II, 55, 113; afferre: Cic. Orat. 34, 120; confirmare: Cic. de Fin. I, 21, 71; constituere: Cic. Part. Or. 9, 31; dare: Ov. Fast. II, 20. Plin. Paneg. 74; derogare: Cic. p. Font. II, 23. p. Rosc. Com. 15, 44. Acad. prior. II, 11, 36; esse: Ter. Phorm. V, 3, 27. Liv. I, 16, 8; excedere: Suet. Claud. 29; facere: Cic. Brut. 50, 187. de leg. agr. II, 8, 22. in Cat. III, 2, 4. ad Att. XVI, 5, 2. 8, 2. Liv. I, 16, 8. XXI, 47, 5; habere alicui: Ter. Andr. III, 4, 7. Cic. de Inv. I, 39, 71. ad Fam. V, 20, 2. VI, 6, 7. VII, 18, 1. ad Att. VIII, 3, 2. p. Flacc. 9, 21. in Verr. V, 57, 148. de Div. III 59, 122. oder aliqua res fidem habet: Cic. p. Flacc. 9, 21; imminuere: Cic. de Orat. II, 37, 156; obstringere: Plin. H. N. VII, 1, 8; resignare: Cic. p. Arch. 5, 9; tribuere: Cic. de Div. I, 3, 5. p. Sull. 3, 10.

Dahingegen ist es nicht römische Terminologie, den Beweis oder Beweisgrund, welchen die griechischen Rhetoren *πίστις* nennen, durch fides zu bezeichnen.[13])

## § VII.

### Die Begriffe von Vertrauenswürdigkeit, geschenktes Vertrauen, wie von Credit und von Risico.

Die fides als Attribut des Subjectes, als Zutrauen aufgefaßt, gestaltet sich in Dingen des Wollens und Handelns zur

13) Quint. V, 10, 8. vgl. Vollmann, Hermagoras § 7. 12. 16.

Vertrauenswürdigkeit, zum geschenkten Vertrauen, so z. B.

Enn. Ann. bei Cic. de Sen. I, 1. (p. 51 Vahl.): vir plenus fidei;

Cic. de Off. II, 24, 84: nec enim ulla res vehementius rem publicam continet, quam fides: quae esse nulla potest, nisi erit necessaria solutio rerum creditarum.

Hierher gehörige Wortverbindungen sind: fidem abrogare: Liv. VI, 41, 11; frustrare: Ter. Ad. IV, 4, 11; habere: Liv. XXII, 22, 14. Col. R.R. XI, 3, 8; tollere: Liv. II, 30, 1.

Insofern nun solches Vertrauen Jemandem in Bezug auf die Erfüllung der mit demselben eingegangenen pecuniären Verpflichtungen geschenkt wird, specialisirt sich jener Begriff zu dem von Credit, wie solcher bekundet wird von

Donat. in Ter. Phorm I, 2, 10: fides est eorum, quibus datur (sc. pecunia), creditores dicuntur ipsi, qui dant;

und hervortritt z. B. bei

Plaut. Truc. I, 1, 24: periit et res et fides; 38: rem fidemque — — perdimus;

Caes. Civ. III, 1, 2: cum fides tota Italia esset angustior;

Liv. XXIII, 48, 9: nisi fide staret res publica, opibus non staturam;

Hor. Ep. I, 6, 36: fidem — — regina Pecunia donat.

Einschlagende Wortverbindungen sind: fides concidit: Cic. de imp. Pomp. 7, 19; deficit: Cic. in Cat. II, 5, 10. ferner: fidem abrogare: Plaut. Trin. IV, 3, 41; dare: Cic. ad Fam. V, 11, 3; habere: Iuv. Sat. III, 143. f.; habere alicui: Plaut. Aul. II, 4, 52. Ter. Eun. I, 2, 59. Cic. ad Att. XIII, 37, 2. in Verr. II, 53, 131. Pomp. 31 ad Qu. Muc. (D. XVIII, 1, 19); interponere: Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 1); perspicere: Ter. Phorm. I, 2, 10; tollere: Cic. de leg. agr. II, 3, 8.

Und insofern nun endlich Jemand seinen Credit für einen Dritten einsetzt, somit also auf den Credit des Ersteren Etwas im Interesse des Letzteren sich vollzieht, so nuancirt sich nun der Begriff von Credit zu dem von Risico. Und dieser Begriff

ist maaßgebend theils in der Verbindung: fide alicuius alteri creditur, so

Cic. p. Flacc. 20, 46: pecuniam sumpsit (sc. Heraclides) mutuam a Sex. Stloga, — qui tamen credidit P. Fulvii Nerati — fide; und eius (sc. Hermippi) fide sumpsit (sc. mutuam pecuniam) a Fufiis;

Sall. Cat. 24, 2: pecuniam sua aut amicorum fide sumptam mutuam;

Scaev. 1 Resp. (D. XVI, 1, 28. § 1): mulier a Numerio sua fide mutuam pecuniam acceptam — — solvit;

theils in der Verbindung: fide mea aliquid fit, so z. B.

Plaut. Pseud. I, 3, 81 f.: face hoc, quod te rogamus, mea fide; Capt. II, 2, 101: mittam — istunc — tua fide, si vis; 3, 72: cogitato, hinc mea fide mitti domum te;

Cic. ad Fam. XIII, 28, 2: cures, ut satisdetur fide mea;

Marcell. Resp. (D. XLVI, 1, 24): peto, des ei nummos fide et periculo meo;

sowie insbesondere in der technischen Formel: fide mea esse iubeo (ich gebe Ordre, daß ein Creditum auf mein Risico oder auf mein Conto gehe),[14]) so z. B. in C. J. L. II. no. 5042. lin. 9., in den siebenbürgischen Wachstafeln bei Mommsen in Monatsber. d. Berl. Ges. 1857. S. 519. II, 3. IV, 6. S. 625 fg. II, 1. Gai. III, 92. 112. 116. IV, 137. Scaev. 1 Resp. (D. XVII, 1, 60. § 1), Pap. 3 Resp. (D. XLVI, 1, 51. § 1), Ulp. 22 ad Ed. (D. XLV, 1, 75. § 6), 50 ad Sab. (D. XLVI, 4, 13. § 9), Inst. Just. III, 15, 1.

---

14) Dem entspricht Donat. in Ter. Eun. I, 2, 59: fideiussor hoc est auctor credendi. Im Uebrigen vgl. Brinz, Krit. Blätter, II, 11.

# Beilage XIX.

## Die Klagen und Formeln der Stipulation in ihrer geschichtlichen Entwickelung.

### A. Die Klagen aus der Stipulation.

---

§ I.

Die Klagen im Allgemeinen aus der Stipulation.

Für die mehreren durch die Stipulation begründeten Klagen findet sich die Bezeichnung actio ex stipulatu oder ex stipulatione vor, so a. ex stipulatione z. B. bei

Pomp. 11 ad Sab. (D. XXI, 2, 27), Paul. 6 Quaest. (D. XXIV, 3, 45);

dagegen a. ex stipulatu bei

Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 4. § 12): quod fere novissima parte pactorum ita solet inseri: „Rogavit Titius, spopondit Maevius", haec verba non tantum pactionis loco accipiuntur, sed etiam stipulationis ideoque ex stipulatu nascitur actio; 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. pr.): neque mutus, neque surdus, neque infans stipulationem contrahere possunt; — — si quis igitur ex his vult stipulari, per servum — stipuletur et acquiret ei ex stipulatu actionem;

Paul. Sent. rec. II, 22, 2: omnibus pactis stipulatio subiici debet, ut ex stipulatu actio nasci possit; 6 ad Plaut. (D. XXII, 1, 38. § 7): si actionem habeam ad id consequendum, quod meum non fuit, veluti ex stipulatu;

und so auch bei Gai. III, 94. IV, 131[a] Pap. 27 Quaest. (D. XXII, 1, 4. pr.), Ulp. 51. 70 ad Ed. (D. XLV, 1, 51. fr. 79), 48 ad Sab. (D. XLV, 3, 11), Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. § 6), 15 Quaest. (D. XLV, 1, 132. pr.), Carac. im C. Just. II, 3, 7., Sev. Alex. das. II, 4, 6.;

und in gleichem Sinne wird auch gesagt ex stipulatu petere, agere, convenire, teneri von Cels. 2 Dig. bei Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 21. § 12), Jul. 54 Dig. (D. XLIV, 7, 18), 3 ad Urs. Fer. (D. XIX, 1, 28), Pomp. 5 ad Sab. (D. XXXIII,

1, 1), Gai. IV, 116. Pap. 8 Resp. (D. XXXI, 1, 77. § 2), Ulp. 76. 77 ad Ed. (D. XLIV, 5, 1. § 4. XLVI, 3, 57. pr.), Paul. Sent. rec. V, 5[a], 1. Gord. im C. Just. II, 3, 14. Diocl. et Max. das. II, 56, 3. vgl. Theoph. Par. IV, 13, 2.

Diese Bezeichnung trägt jedoch den Character des Untechnischen an sich: denn während in der römischen juristischen Kunstsprache das Gesetz maaßgebend ist, daß die Einheit der actio bestimmt war durch die Gemeinsamkeit und Gleichförmigkeit der entsprechenden Klagformel, so findet jene a. ex stipulatu den Stützpunkt ihrer begrifflichen Einheit in der Einheitlichkeit des die Klage erzeugenden Rechtsgeschäftes: in der Stipulation, während doch die Stipulation Klagen mit wesentlich verschiedenen Formeln erzeugt. Um deßwillen ist daher jene Bezeichnung ebenso als untechnisch anzuerkennen, wie die Ausdrücke condictio ex numeratione, actio mutui, ex testamento, petere nomine facto, convenire ex causa fideiussoria u. dergl.[1]).

Die verschiedenen Klagen aber, welche die Stipulation begründet, sind folgende:

1. die actio (nicht aber condictio) certae creditae pecuniae, später auch certi condictio (nicht aber actio), wie auch, nach Maaßgabe des Edictes, actio (nicht aber condictio) si certum petetur genannt[2]) aus der Stipulation auf baar Geld. Die Eigenthümlichkeit dieser Klage besteht darin:

a. sie hat als certa keine demonstratio;

b. sie hat certa intentio auf: Si parret Num. Negidium Aul. Agerio X oder dergl. dare oportere[3]);

c. sie hat certi condemnatio auf: Judex, Num. Negidium Aul. Agerio X oder dergl. condemnato, si non parret, absolvito[4]);

---

1) Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 5), Diocl. et Max. im C. Just. VII, 35, 5. Jul. 54 Dig. (D. XLIV, 7, 18), Pomp. 5 ad Sab. (D. XXXIII, 1, 1), Pap. 17 Quaest. (D. VII, 5, 8), 5 Resp. (D. XXVI, 7, 39. § 14).

2) Vgl. hierüber Voigt, Cond. ob caus. A. 196.

3) Lab. bei Cels. 6 Dig. (D. XII, 1, 42. § 1), Gai. IV, 93. Paul. 18 ad Ed. (D. XLV, 1, 76. § 1), vgl. Gai. IV, 41. 86; s. auch A. 6. Vgl. auch Voigt, a. O. A. 216 und die das. Citirten.

4) Gai. IV, 43. 50. 86.

2. die condictio triticaria auf andere certa res, als baar Geld; ihre Besonderheit beruht darin:

a. sie hat als certa keine demonstratio;

b. sie hat certa intentio auf: Si parret Num. Negidium Aul. Agerio pateram auream oder dergl. dare oportere[5];

c. sie hat incerti condemnatio auf: Quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito[6].

3. Die condictio triticaria auf incertum, auch incerti condictio genannt[7], aus der incerta stipulatio ohne doli clausula hat doppelte Klagformel und zwar

aa. einestheils für die Klage aus der principalen Stipu-

---

5) Gai. IV, 4. Paul. 6 ad Sab. (D. VIII, 3, 19), Modest. 5 Pand. (D. XLV, 1, 103). Zugleich auf certi und triticaria condictio beziehen sich: Cic. p. Rosc. Com. 4, 11. Jul. 33 Dig. (D. XXX, 1, 82. § 1) und bei Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 4, 2. § 7), Scaev. Quaest. (D. XLVI, 3, 93), Gai. IV, 53. Ulp. 22. 86 ad Ed. (D. XLV, 1, 75. § 8. XLIV, 5, 1. § 4); vgl. Gai. IV, 18. 33. 45. 55. 87. 116b.

6) Diese Condemnation wird für die cond. triticaria zwar nicht ausdrücklich bezeugt, da indeß die judicielle Condemnation auf das quanti res est sich richtet: Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 3), wozu vgl. Gai. II, 202. Ulp. 21 ad Sab. (D. XXX, 1, 39. § 1), Paul. 15 Quaest. (D. XLVI, 3, 98. § 8), so erfordert dieß die obige jurisdictionelle Condemnation, deren Formel von Gai. IV, 47. 51 bekundet ist.

7) Daß die incerti condictio eine Unterart der condictio triticaria ist, bezeugt Ulp. 27 ad Ed. (D. XIII, 3, 1. pr.) vgl. Savigny, Syst. Beil. XIV. no. XXXIX. Und ebenso bezeugt diese Stelle solchen Satz für die Klage aus der Stipulation insbesondere: sive ius stipulatus quis sit, veluti usumfructum, wo ein incertum in Frage steht: Ulp. 22 ad Ed. (D. XLV, 1, 75. § 3): fundi certi si quis usumfructum stipulatus fuerit, incertum intelligitur in obligationem deduxisse. — Die Bezeichnung der Klage aus der incerta stipulatio betreffend, so unterfällt zur Zeit der Pandectenjuristen diese Klage technisch der incerti condictio: denn da sie nach Ulp. 27 ad Ed. cit. condictio triticaria war und hieß, diese condictio aber dann, wenn sie auf ein incertum sich richtete, auch incerti condictio insbesondere hieß, so ist gleicher Sprachgebrauch auch bezüglich der Klage aus der Stipulation um so weniger zu bezweifeln, als die incerti condictio und die a. ex stipulatu im technischen Sinne (unter 4) verschiedene Formeln haben, somit ganz verschiedene Klagen sind. Wegen der byzantinischen Kaiserzeit s. A. 20.

lation oder auch aus der Abstipulation eine Formel, welche enthält

a. demonstratio und anomal gestellte praescriptio auf: Quod Aul. Agerius de Num. Negidio incertum stipulatus est (demonstr.), modo cuius rei dies fuit[8]) (praescript.);

b. incerta intentio auf: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere[9]);

c. incerti condemnatio auf: Eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito[10]);

bb. anderntheils für die Klage aus der Adpromission und zwar aus sponsio und fideiussio für eine incerta obligatio[11]) eine Formel mit

a. demonstratio und praescriptio, wobei die Erstere in die Letztere mitten hinein sich stellt und somit dieselbe in zwei Theile zertrennt: Ea res agatur (erster Theil der praescr.), quod Aul. Agerius de Luc. Titio incertum (s. A. 8) stipulatus est, quo nomine Num. Negidius sponsor est, oder: quod Num. Negidius pro Lucio Titio incertum (s. A. 8) fide sua esse iussit (demonstr.), cuius rei dies fuit[12]) (letzter Theil der praescr.);

b. incerta intentio, wie unter aa: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere;

c. incerti condemnatio, wie unter aa: Eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito.

Diese Formeln bieten das Eigenthümliche, daß sie zunächst

---

8) Gai. IV, 136. Incertum ist hier, wie unter bb a Formel-Bestandtheil, nicht bloß, wie Savigny, Syst. Beil. XIV. no. XXXIV meint, Stellvertreter einer in die Formel zu setzenden concreteren Angabe: Keller, Civ. Pr. A. 472.

9) Gai. IV, 136. 41. vgl. A. 13. Wenn Gai. IV, 136 concipirt: quidquid — dare facere oportet, so halte ich dieß für eine Breviloquenz.

10) Gai. IV, 43, wo allerdings Eius fehlt; s. jedoch unter 4 c.

11) Gegenüber der sponsio kommt nur incerta stipulatio, gegenüber der fideiussio aber auch andere incerta obligatio in Frage.

12) Gai. IV, 137. Die Annahme von Keller, Civ.-Pr. § 42 unter b, daß auch bei sponsio oder fideiussio für eine certa obligatio die certi oder triticaria condictio wider den adpromissor eine praescriptio gehabt habe, ist unbegründet.

speciell nur für die incerti condictio aus Stipulation proponirt waren, woneben für alle übrigen Fälle der incerti condictio das Edict eine anderweite Formel proponirte[13]); daß sodann bei beiden Formeln deren praescriptio unabhängig ist von einem auf deren Ertheilung gerichteten Antrage des Klägers, vielmehr ipso iure und als wesentlicher und absoluter Bestandtheil der Formel angehört[14]); daß ferner bei beiden Formeln die Stellung der praescriptio irregulär ist, insofern sie nicht der demonstratio vorantritt, sondern resp. ganz oder zum Theil nachfolgt; und daß endlich die praescriptio unter aa irregulär sich concipirt, insofern das characteristische „ea res agatur" hier in ein „modo" sich verwandelt[15]).

4. Die actio ex stipulatu aus Stipulation mit doli clausula[16]) hat eine Klagformel mit

a. demonstratio;

b. incerta intentio auf: Quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere ex fide bona;

---

13) Diese Formel concipirte sich aus demonstratio, incerta intentio und incerti condemnatio dahin: Quod Num. Negidius testamento Luc. Titii damnas est, ut Aul. Agerium in D, quae Aul. Agerius a Luc. Titio mutua accepit, liberet, quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito, worüber wegen der intentio vgl. Gai. II, 213. IV, 54. 131. Marc. 20 Dig. (D. XLVI, 3, 72. § 3), Ulp. 46 ad Sab. (D. XLV, 1, 29. § 1), Paul. 18 ad Ed. (D. eod. fr. 76. § 1). Diese und die obigen Formeln waren im Edicte proponirt: Voigt, a. O. A. 212. Selbstverständlich konnte sich für diese Formel der Kläger zur Beschränkung der processualischen Consumtion die gewöhnliche praescriptio erbitten: Ea res agatur, cuius rei dies fuit, die dann in normaler Weise vor die demonstratio trat: Gai. IV, 131.

14) Denn diese praescriptiones behandelt Gai. IV, 134—137, während er die von dem Antrage des Klägers abhängigen praescriptiones in § 130—132 und die von dem Antrage des Beklagten abhängigen in § 133 behandelt. Dieß übersieht Keller, Civ.-Pr. § 41, wenn er die praescriptio in A. 8 mit der in A. 13 auf gleiche Linie stellt.

15) S. Huschke in Ztschr. f. gesch. R. W. XIII, 329.

16) Daß ausschließlich die mit doli clausula versehene, nicht aber die derselben entbehrende Stipulation die a. ex stipulatu begründet, bezeugen zahlreiche Stellen: s. § IV z. A.; vgl. auch bei A. 20.

c. incerti condemnatio auf: Eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito.

Und zwar ist diese Klagformel überliefert durch die lex Rubr. v. 711 lin. 23 fg. 32 fg., obwohl, weil hier eine ficticia a. ex stipulatu proponirt ist, mit den dadurch bedingten Abweichungen in der Formulirung, welche darin bestehen, daß

ad a. an Stelle der demonstratio die Fiction tritt: Sei — — Q. Licinius damni infectei eo nomine — — eam stipulationem — — L. Seio repromeississet, oder: ea stipulatione — — L. Seio satis dedisset;

ad b. die intentio das Wort parret verliert, entsprechend anderen Vorkommnissen von actiones ficticiae[17]), dagegen aber das diesen Klagen characteristische „tum" annimmt, und somit dahin formulirt: Tum quicquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione[18]) L. Seio d(are) f(acere) oporteret ex f(ide) b(ona);

ad c. die condemnatio zwischen Aul. Agerio und condemnato einen Einschub empfängt, der, zur Rechtfertigung der Fiction dienend, hier kein weiteres Interesse bietet.

Gegenüber dieser Bestimmung der Klagen aus der Stipulation treten indeß in unserer Wissenschaft zwei abweichende Meinungen zu Tage[19]) und zwar zuerst die Ansicht von Kämmerer, de clausula doli mali. Heidelb. 1808. p. 90. Liebe, Stipulat. 37 fg., Schilling, Inst. § 279. Rein, Priv. Rt. 667, daß die a. ex stipulatu die Klage aus jeder incerta stipulatio und eine incerti condictio sei. Allein einmal stehen dem die bestimmtesten Quellenzeugnisse entgegen (s. A. 16); und anderntheils nöthigen die Thatsachen, daß zunächst für die Klage aus der incerta stipulatio zwei wesentlich verschiedene Formeln sich nachweisen lassen; daß sodann mit beiden Formeln verschiedene Rechssätze oder Wirkungen sich verknüpfen, insofern namentlich die

17) Gai. IV, 34. 36.

18) Wegen dieser expressa causa vgl. Voigt, a. O. A. 216: dieselbe ist hier obligatorisch wegen der fehlenden demonstratio und dient zu deren Ersatz.

19) Die bezügliche Ansicht von Walter, Rechtsgesch. § 591 übergehe ich hier, da dieselbe auf weiteren Prämissen beruht, welche nicht hierher gehören und geprüft sind in Voigt a. O. 817 fg.

a. ex stipulatu ganz wesentliche Abweichungen von der Natur der condictio an sich trägt (§ IV), sowie daß endlich die beiden Ausdrücke incerti condictio oder dergl. und a. ex stipulatu oder dergl. neben einander in den Quellen auftreten, dabei aber immer in dem Verhältnisse, daß niemals Beide identisch sind oder gleichzeitig aus dem nämlichen Rechtsverhältnisse sich herleiten; Alles dieß nöthigt, hinter jenen beiden Ausdrücken zwei verschiedene Klagen, und nicht bloß zwei verschiedene Bezeichnungen der nämlichen Klage anzuerkennen.

Sodann die Ansicht von Savigny, Syst. Beil. XIV. no XLII geht dahin: die a. ex stipulatu ist identisch mit der triticaria condictio aus der Stipulation und findet sich nie in anderer Bedeutung vor. Allein dieses Urtheil ist nach der einen Seite hin zu eng: die a. ex stipulatu im untechnischen Sinne umfaßt auch die certi condictio, wie insbesondere durch Paul. 15 Quaest. (D. XLV, 1, 132. pr.) erwiesen wird, wo unter a. ex stipulatu mit unzweideutigster Bestimmtheit die certi condictio verstanden ist; nach der anderen Seite hin aber zu weit: die a. ex stipulatu im technischen Sinne steht in ausschließendem Gegensatze auch zur condictio triticaria, wie dieß bekunden

Ulp. Pand. (D. XII, 1, 24): si quis certum stipulatus sit, ex stipulatu actionem non habet; sed illa condicticia actione id persequi debet, per quam certum petitur;

Inst. Just. III, 15. pr.: ex qua (sc. verbis obligatione contracta) duae proficiscuntur actiones: tam condictio, si certa sit stipulatio, quam ex stipulatu, si incerta; und übereinstimmend Theoph. in h. l. und Schol. in Bas. XII, 1, 9. pr.[20]);

ein Widerspruch, den Savigny a. O. no. XLIII. XLV nicht gehoben hat.

---

20) Daß hier die incerti condictio aus der incerta stipulatio ganz übergangen ist, erklärt sich daraus, daß in der byzantinischen Kaiserzeit keine solche Stipulation ohne doli clausula mehr vorkam; vgl. Ambros. de Off. III, 10: quid autem loquar de contractibus ceteris et maxime de coëmptione praediorum vel transactionibus atque pactis? nonne honestatis formulae sunt: „Dolum malum abesse."

Daß nun aber auch, wie Huschke, Gajus 230 annimmt, die a. ex stipulatu in der That auf dare facere oportere ex fide bona intendirte, dafür giebt die lex Rubria einen durchaus genügenden Beweis. Denn die Klage der lex Rubria ist in Wahrheit eine a. ex stipulatu, da sie Klage aus der cautio damni infecti und diese Letztere mit der a. ex stipulatu bewehrt ist (§ IV). Da nun aber jene Klage der lex Rubria gerade durch den Zusatz ex fide bona in der intentio von den übrigen Stipulationsklagen sich unterscheidet, so haben wir auch in diesem Zusatze das characteristische Merkmal und die Wesen-eigenthümlichkeit der a. ex stipulatu im Gegensatz zu den übrigen Stipulationsklagen anzuerkennen. Und dem gegenüber kann auch kein Bedenken erregen, daß die Klage der lex Rubria eine ficticia ist; denn, wie die Beispiele bei Gai. IV, 34 fg. ergeben, kann der Zusatz ex fide bona schlechterdings nicht auf Rechnung der fictio gestellt worden, sondern ist als Bestandtheil anzusehen, den die ficticia bereits von der directa actio überliefert erhält. Andrerseits dagegen wird die obige Annahme dadurch unterstützt, daß die a. ex stipulatu durch die der Stipulation inserirte doli clausula begründet wird (§ IV), und nun, da die Letztere auf dolum malum abesse oder ähnlich lautet (§ III), in ihrer Formulirung auf ex fide bona mit dieser Formulirung auf dolus malus in berufsmäßiger Correspondenz steht, da bona fides und dolus in Wahrheit correspondirende Begriffe sind (Beil. VII § 16 fg.), somit aber die Eigenthümlichkeit der a. ex stipulatu: die Conception auf ex fide bona mit der sie begründenden Eigenthümlichkeit der Stipulation: der doli clausula in Congruenz steht, wie auch stehen muß.

Im Allgemeinen kommt endlich hier noch in Betracht die Ansicht, daß auch aus einer incerta obligatio schlechthin die certi condictio angestellt werden konnte, dafern nur der Kläger eine Selbsttaxation des incertum vornehmen und das Risico der Pluspetition übernehmen wollte, eine Annahme, welche von Walter, Rechtsgesch. § 591 vertreten, von mir selbst in Cond. ob caus. 818 fg. bekämpft und neuerdings von Krüger, proc. Consf. 105 fg. wieder vertheidigt worden ist. Es stützt sich aber diese Ansicht auf drei Quellengruppen, nämlich zuerst auf Ulp.

26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. pr. — § 3), der als Klaggründe für die certi condictio namentlich aufführt: certus contractus, incertus contractus, legatum, lex Aquilia und furtum. Hiervon aber kommt in Betracht nur der incertus contractus [21]), und dieser nun nöthigt in keiner Weise zu jener weitgehenden Behauptung: denn einestheils ist die auf dies oder condicio gestellte Stipulation über ein certum eine incerta stipulatio und erzeugt dennoch nach Eintritt von dies oder condicio eine certi oder triticaria condictio [22]); und sodann ist auch die Stipulation auf jährliche oder monatliche Zahlungsraten ein incertus contractus [23]), gleichwohl aber kann der Zahlungsberechtigte aus solcher Stipulation eine doppelte Klage anstellen: entweder die certi condictio, auf dare der einzelnen fälligen Rate concipirt, oder aber die incerti condictio, auf das dare facere concipirt, welches in der Gesammtheit der vereinbarten Raten enthalten ist, und daher diesfalls mit praescriptio versehen, dafern auf diesem Wege nur eine einzelne Rate eingeklagt wird [24]). Wenn daher hieraus erhellt, daß die incerta stipulatio, dafern sie auf dare certum ging, doch in gewissen Fällen auch die certi oder triticaria condictio erzeugte, so ist nun am Angemessensten von solchen Fällen jener Ausspruch Ulpians zu verstehen.

Sodann kommt in Frage Paul. 18 ad Ed. (D. XII, 2, 28. § 4), woraus wenigstens mittelbar sich entnehmen läßt, daß durch mandatum, negot. gestio, societas und ähnliche Contracte eine certi condictio begründet werden könne. Da nun aber

---

21) Was die lex Aquilia betrifft, so sagt Gai. III, 215: capite II (i. e. legis Aquiliae) in adstipulatorem, qui pecuniam in fraudem stipulatoris acceptam fecerit, quanti ea res est, tanti actio constituitur, wozu vgl. A. 6; somit: lautete die acceptilirte Stipulation auf certa pecunia, so war die a. leg. Aquiliae eine certi cond., lautete dagegen jene auf certa res, so war diese cond. triticaria; lautete endlich im späteren Rechte jene Stipulation auf incertum, so gab man incerti cond.

22) So schon Rudo, Theilbarkeit der Oblig. 84 fg. Zimmern, Proc. § 62.

23) Pomp. 6 ad Sab. (D. XLV, 1, 16. § 1) und die bei Keller, Lit. Cont. 514 A. 4 Citirten.

24) Gai. IV, 131; das Elective deuten die Worte an: si egerimus ea formula, qua incertum petimus.

alle diese Contracte die certi condictio ob causam begründen können[25]), so liegt kein Grund vor, aus Paul. zu folgern, daß aus diesen Contracten die certi cond. als Contractsklage gegeben worden sei.

Endlich wird angezogen Stephan. zu Bas. XII, 1, 9. Da indeß hier Heimbach, Creditum 115 fg. 576 fg. den schönen Nachweis geliefert hat, daß das postjustinianische Recht als ein neues Institut die Selbsttaxation des Klagobjectes Seitens des Klägers und somit den Umsatz des incertum in ein certum durch diesen selbst entwickelt hatte, so verliert jede Berufung auf die postjustinianischen Scholien als eines Beweismittels für eine entsprechende Rechtsordnung des vorjustinianischen Rechtes allen Werth, so lange nicht der von Heimbach gelieferte Beweis entkräftet ist, und Jenes um so mehr, als der postjustinianische, wie schon der postconstanische Proceß durch den Wegfall der formula ganz wesentlich von dem früheren Processe sich unterschied.

Wohl aber stehen andrerseits jener Theorie Krügers entgegen zunächst die Zeugnisse von Gai. IV, 53[a]: sicut ipsa stipulatio concepta est, ita et intentio formulae concipi debet, woraus erhellt, daß die Abänderung der Conception der Stipulation in der intentio eine plus petitio causa begründet, somit aber, gleichwie es eine pluspetitio wäre, aus einer Stipulation auf dare facere eine condictio auf dare centum zu intendiren, es erst recht solche Pluspetition wäre, aus einer emtio venditio den Kaufpreis mit solcher Condiction zu fordern; und von Theod. et Valent. in Nov. Th. I, 1, 1.: cum liquido pateat, — quibus verbis stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum sit exigendum, worin besagt ist, daß die Conception der Stipulation maaßgebend ist, ob certi condictio oder incerti actio begründet sei, während Krüger auf einem mir nicht erkennbaren Wege daraus den Sinn gewinnt, daß aus einer stipulatio incerta mit certi condictio geklagt werden könne! Und sodann überliefert uns das röm. Rechtssystem im Allgemeinen eine Aufzählung der Condictionen nach ihrem Rechtsgrunde: als condictio ex numeratione, furtiva, ex lege, indebiti, ob iniustam causam und dergl.; allein von einer con-

25) Voigt, a. O. § 86.

dictio ex emto vendito, societate, mandato, negotiis gestis und dergl. wissen die Quellen Nichts, daher es angemessen erscheint, diese neue vermeintliche Condictionengruppe auch als unrömisch abzuweisen.

## § II.

### Alter und Entstehung der verschiedenen Stipulationsklagen.

1. Die a. certae creditae pecuniae oder spätere certi condictio ward, wie aus Gai. IV, 19. zu entnehmen ist, durch die lex Silia eingeführt, und dieses Plebiscit selbst ist in Thl. II § 33. in die Zeit von 311 — 365 versetzt worden. Dieser Zeitraum läßt sich jedoch noch enger begränzen. Denn zunächst kommt in Betracht, daß im Verlaufe des 4. Jahrh. die Plebiscite ihre durch die lex Valeria Horatia v. 305 gewährleistete verbindliche Kraft wieder verloren, daher eine erneuerte Bestätigung ihrer Gesetzeskraft durch die lex Publilia Philonis von 415 erfolgte. Sodann beginnen von 330 an die agrarischen Bewegungen der Plebs,[26]) welche in dem Maaße zum Schwerpunkt des Ständekampfes sich erhoben, daß Reformen des Privatrechtes daneben ganz zurücktraten. Dagegen sind es nach dem Decemvirat wesentlich andere Zielpunkte, welche die heftigsten inneren Kämpfe in der römischen Bürgerschaft hervorrufen:[27]) einestheils das Ringen der Plebs nach Theilnahme an der Magistratur, und sodann die Anforderung einer partiellen Revision des XII. Tafelrechtes. Und wie nun dieser letzteren Zeitrichtung angehören die lex Canuleia v. 309 (Plebisc.) und die lex Pinaria von 322 (s. Thl. II A. 175), so nun ist dieser Zeitströmung, wie Zeit auch die lex Silia zu überweisen, so daß nach Alle dem dieselbe in die Zeit von 311—329 zu versetzen ist.

Diese lex Silia führte nun nach Thl. II § 33 ebensowohl eine neue Klage: die actio certae creditae pecuniae, wie eine

26) Schwegler, r. Gesch. III, 162 fg.

27) Schwegler, a. O. 100; „Seit dem Sturze des Decemvirats hatte der Kampf der Stände, von dem wir leider nicht bestimmt genug erfahren, um welche Fragen er sich gedreht hat, unentschieden fortgedauert: im J. 309 kam es zu einer entscheidenden Krise", nämlich mit der Rogation des Canulejus über das conubium und der neuen Tribunen über Theilnahme der Plebs am Consulat.

neue Proceßform für solche Klage: die legis actio per condictionem ein. Da nun dem certam pecuniam credere die spätere Zeit die Stipulation, Expensilation und mutui datio subsumirte,[28]) so hat auf diese Thatsache Puchta, Inst. § 162. e. die Annahme gestützt, daß die lex Silia jene drei Contracte klagbar gemacht habe in jener a. certae creditae pecuniae.[29]) Allein diese Annahme hat nothwendig chronologische Widersprüche im Gefolge, indem sie nöthigt, entweder die Klage aus der mutui datio in eine zu frühe, oder die lex Silia in eine zu späte Zeit zu versetzen. Vielmehr ist, wie in Thl. II § 33 ausgeführt, die a. certae creditae pecuniae der lex Silia die Klage aus der Stipulation auf dare pecuniam allein, worauf auch hinweist, daß das stipulari noch lange als das credere in eminentem Sinne galt.[30])

2. Die condictio triticaria auf certa res ward, wie in Thl. II § 33 aus Gai. IV, 19. entnommen ist, durch eine lex Calpurnia eingeführt, welche jünger ist als die lex Silia, aber älter als die lex Aquilia (s. A. 21), die selbst aus dem J. 467 datirt (s. A. 39). Entweder nun ist die lex Calpurnia eine lex i. e. S. und dann ist sie sicher weder von einem Dictator, noch von einem Consul, noch von einem Consulartribunen rogirt, da vor 467 Keiner solchen Namens vorkommt, vielmehr ist sie dießfalls von einem Prätor rogirt und fällt dann in die Zeit nach 417, weil die Calpurnier ein plebeisches Geschlecht sind, in diesem Jahre aber zum ersten Male ein Plebejer die

---

28) Cic. p. Q. Rosc. 4, 13. 5, 14, wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 185, sowie unten A. 30.

29) Dieser Annahme tritt bei Kuntze, Inst. § 148.

30) Das instrum. fiduciae in C. J. L. II. no. 5042. lin. 7. bietet die Begriffsreihe: pecuniam dare, credere, expensum ferre; verglichen mit dem adnumerare oder pecuniam dare, expensum ferre, stipulari bei Cic. p. Qu. Rosc. 5, 13. 14. (wozu vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 185) ergiebt dieß den Sprachgebrauch, credere in einem eminenten Sinne für stipulari zu setzen, was wiederum nur so sich erklären läßt, daß das stipulari der älteste und ursprünglich einzige Fall des credere, ja daß das credere im technischen Sinne von Alters her Wechselbegriff von stipulari und zwar als solcher bereits von der lex Silia gesetzt ist. Und dieß ist auch bereits aus anderen Wahrnehmungen gefolgert von Voigt, Cond. ob. caus. A. 196.

Prätur bekleidete. Oder diese lex ist, wie die Silia, ein plebiscitum und dann fällt sie in die Zeit nach der lex Publilia Philonis v. 415, welche die Gesetzeskraft der Plebiscite erneuerte. Demnach datirt die lex Calpurnia aus der Zeit von 416—466.[31]) Wahrscheinlich aber folgte dieß Gesetz sehr bald der lex Poetelia Papiria v. 428 (vgl. auch A. 76).

Diese lex Calpurnia führte nach Thl. II § 33 ebenso eine neue Klage ein: die condictio triticaria, wie sie auch die Proceßform der lex Silia mit gewissen Modificationen auf diese Klage übertrug. Dabei war jene condictio triticaria eine Klage aus der Stipulation und zwar, wie der Name besagt, von vorn herein aus der Stipulation auf triticum[32]) dare spondeo.

3. Die incerti condictio gehört nicht der lex Calpurnia selbst an, indem dieses Gesetz nur Klage mit intentio auf dare oportet, nicht aber auf dare facere oportet gab.[33]) Wenn demnach die incerti condictio jüngeren Datums ist, als die cond. triticaria auf certa res,[34]) so ist andererseits doch wieder dieselbe dem Legisactionenprocesse zu überweisen, wie dieß aus der Thatsache zu entnehmen ist, daß die incerti cond. der cond. triticaria sich subsumirt (A. 7). Denn da im Formularprocesse die Klagformeln der cond. incerti und der triticaria auf certa res völlig verschieden sind, somit aber nach dem Gesichtspunkte dieses Proceßsystemes zwei wesentlich verschiedene Klag-Individi-

---

31) Der erste Calpurnier, den die Quellen nennen, ist der Militärtribun M. Calpurnius Flamma v. J. 496: Epit. Liv. 17. Liv. XXII, 60, 11. Plin. H. N. XXII, 6, 11. Flor. I, 18, 13. Ampel. 20, 5. Zonar. VIII, 12.

32) Der Waizenbau war bis zum J. 301 den Römern gänzlich unbekannt und bürgerte sich erst von da ab allmählig in Rom ein: Voigt im Rhein. Mus. f. Phil. N. F. 1869. XXIV, 66 fg.

33) Gai. IV, 18. 19. 33.

34) Dieß erkennen auch an Gans, über röm. Oblig. Rt. 81 fg. Zimmern, Proc. § 62. Keller, Inst. 98 fg. Civ. Pr. § 88. Dagegen die Annahme Zimmerns a. O. A. 8, daß noch Labeo die Stipulation auf incertum nicht gekannt habe, ist bereits von Liebe, Stipulat. 48 zurückgewiesen worden.

dualitäten ergeben, so muß jene Gleichheitserklärung beider Klagen dem Legisactionenprocesse überwiesen und so erklärt werden, daß noch vor Aufhebung der leg. a. per condictionem die incerti cond. geschaffen und der Legisaction der lex Calpurnia überwiesen wurde, und hieraus nun jene Subsumtion der incerti cond. unter die triticaria ihren Ausgang nahm. Und sodann wird solches im Besonderen bestätigt durch das Zeugniß Ulpians, daß die lex Aquilia eine certi condictio gebe,[35]) nämlich aus Cap. II wider den adstipulator, welcher in fraudem stipulatoris Acceptilation ertheilte (A. 21). Denn diese Thatsache weist darauf hin, daß die lex Aquilia auch die Klage aus cap. I und III der leg. a. per condictionem überwies und somit, da beide Capitel nur eine incerta obligatio begründeten, die incerti condictio auf dare facere schuf. Und so tritt auch im Formularprocesse die a. damni iniuria dati als incerti condictio auf, wie die Quellen mit vollster Bestimmtheit ergeben. Denn indem einestheils dieselben drei Klagen für das damnum iniuria datum befunden: die a. leg. Aquiliae, die utilis legis Aquiliae und die in factum legis Aquiliae, so ergiebt der Gegensatz der letzten dieser drei Klagen, daß die erste derselben in ius concepta war; dießfalls aber intendirte[36]) dieselbe entweder auf dare oder auf dare facere oder auf damnum decidere oportet, wogegen das dare facere oportet ex fide bona gar nicht in Frage kommt. Von jenen

---

35) 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 1): competit haec actio (i. e. certi condictio) etiam ex legati causa et ex lege Aquilia. Savigny, Syst. V, 549 leugnet, daß die a. leg. Aquiliae als certi condictio habe vorkommen können und erklärt jene Stelle von den beiden Fällen, daß der Schuldner den Schuldschein zerstört oder der Adstipulator widerrechtlich dem Schuldner Acceptilation ertheilt habe, hierdurch die Betreffenden eine Bereicherung erlangt haben, und dadurch nun neben der a. leg. Aquiliae eine cond. sine causa begründet worden sei. Allein a. von solchen Fällen kann man nicht sagen: competit haec actio ex lege Aquilia; b. von solcher cond. sine causa wissen die Quellen Nichts; vielmehr geben c. dieselben wegen solcher Bereicherung die Diebstahlsklagen: Pomp. bei Ulp. 41 ad Sab. (D. IX, 2, 41. § 1), Pap. 1 Resp. (D. XVII, 1, 55), Ulp. cit. (D. XLVII, 2, 27), Paul. 9 ad Sab. (D. XLVII, 2, 28. 32. § 1), 32 ad Ed. (D. XVII, 1, 22. § 7), wozu vgl. Gai. III, 216.

36) Keller, Civ.-Pr. § 33. 39.

drei intentiones in ius conceptae wird aber die auf damnum decidere ausgeschlossen durch die Wortfassung der lex Aquilia selbst: dieselbe legte dem Beklagten ein dare auf.[37] Dieses dare aber gestaltet sich in der intentio bei certa res zu dare oportere (A. 21) und bei incertum nun zu dare facere oportere, daher nun die a. leg. Aquiliae aus c. I und III, weil diese auf dare incertum sich richtet, sich concipirt auf: Quod Num. Negidius Aul. Agerii bovem iniuria occidit (oder dergl.), qua de re agitur, quidquid parret ob eam rem Num. Negidium Aul. Agerio dare facere oportere, eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito.[38]

Nach Alle dem aber gehört die incerti cond. nicht allein bereits dem Legisactionenprocesse an, da sie der lex Aquilia bekannt, diese selbst aber, vom J. 467 datirend,[39] älter ist als die lex Aebutia, sondern dieselbe ist zweifelsohne auch durch die

---

37) Cap. I lautete: quanti in eo anno plurimi ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto: Gai. Inst. III, 210. 214. 7 ad Ed. prov. (D. IX, 2, 2. pr.), Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 21. pr.), Theoph. Par. IV, 3, 9. Cap. II lautete: quanti ea res est, tantum aes stipulatori dare damnas esto: Gai. III, 215. Cap. III lautete; quanti in diebus XXX proxumis ea res fuerit, tantum aes hero dare damnas esto: Gai. III, 218. Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 5). Theoph. Par. IV, 3, 15. Wegen herus vgl. Ulp. cit. (D. IX, 2, 11. § 6. fr. 23. § 3).

38) Huschke Gaj. 112. A. 16* und in Jurispr. Antei. zu Collat. XII, 7, 6 nimmt wegen Ulpian in A. 35 an, der Kläger habe eine Selbsttaxation vornehmen und dadurch die Klage in eine certi cond. umsetzen dürfen. Davon wissen die Quellen Nichts, die viel von der Aestimation handeln, so Jav. 14 ex Cass. (D. IX, 2, 37. § 1), Jul. 86 Dig. (D. cit. 47. fr. 51. § 2), Gai. III, 212. 214. Ulp. 41 ad Sab. (D. cit. 41. pr.), 18 ad Ed. (D. IX, 2, 5. § 1. fr. 21. 23. pr. — § 7. fr. 29. § 3), Paul. 2 ad Plaut. (D. cit. 33 pr.), 22 ad Ed. (D. cit. 24. 26): hier allenthalben ist nur von aestimatio des iudex die Rede oder auch der Parteien, insofern bei confessio in iure im Wege der Vereinbarung zwischen denselben die aestimatio bewirkt wird. Rudorff hat so oft eine andere Klagformel aufgestellt, als er sich überhaupt über diese Klage geäußert hat, nämlich in Ztschr. f. gesch. R. W. XIV, 381, zu Puchta, Inst. § 165 w. 277 z. R. G. II § 108. A. 8. 9. Edict. perp. § 69, dabei aber keine einzige jener Formeln quellenmäßig begründet.

39) Schrader zu Inst. IV, 3, 15. Sell in Sell's Jahrb. II, 47 fg. Pernice, Sachbeschädigung 18 fg.

lex Aquilia selbst eingeführt und der leg. a. der lex Calpurnia überwiesen worden, da von einem anderen Gesetze, welchem wir diese Maaßregel beimessen könnten, keine Andeutung sich findet (vgl. A. 41). Jener ersteren Thatsache stellt sich allerdings gegenüber die Annahme von Pernice, Sachbeschädigung 105 fg., daß bis zum „Aussterben des Legisactionenprocesses" die a. leg. Aquiliae in Form der leg. a. per man. iniect. pur. geltend gemacht worden sei. Allein diese Annahme, für welche auch nicht der entfernteste Anhalt in den Quellen geboten ist, ist sicher unwahr; denn erstens Gai. IV, 22 fg. nennt verschiedene Gesetze, welche nach den XII Taf. diese leg. a. einführten und darunter Gesetze, welche von nur beschränkter Wirkungssphäre waren wie die lex Publilia und Furia über die sponsores; hätte nun die lex Aquilia jene leg. a. vorgeschrieben, so würde Gai. um so sicherer sie genannt haben, als sie ein Gesetz von ausgedehntestem Wirkungskreise war, dem überdem die Wissenschaft eine sehr reiche Behandlung zu Theil werden ließ; sodann sämmtliche Klagen, für welche diese Gesetze die leg. a. p. man. ini. einführten, setzen voraus eine certa obligatio, wogegen cap. I und III der lex Aquilia incerta obligatio begründen; ferner das damnas esto dieser lex (A. 37), wird von den classischen Juristen paraphrasirt durch damnetur (so Gai. III, 210. 216) oder καταδικαζέσθω (so Theoph. Par. IV, 3, pr.) d. h. er soll condemnirt werden;[40]) die leg. a. per man. ini. aber, als eine cognitio extraordinaria, ist an sich ohne iudicium und Richterurtheil; endlich aus Cic. p. Tull. 41. p. Rosc. Com. 11, 32., wozu vgl. 14, 42., wie Ofil. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 9. § 3) erhellt, daß damals die a. leg. Aquil. nicht in Form der leg. a. per man. ini. geführt wurde; da nun aber sicher die lex Aebutia diese leg. a. nicht aufhob,[40a]) so ist gar nicht zu ersehen, wie zu jenem Zeitpunkte diese Proceßform abhanden gekommen sein soll, wenn sie durch die Aquilia vorgeschrieben war.

---

40) Die nachfolgende richterliche Condemnation bei vorausgehendem gesetzlichem Gebote in der Form von damnas esto bekundet auch die lex Mamilia Cäsars s. Beil. XIV. A. 22. 24.

40a) Vgl. z. B. Plaut. Pers. I, 2, 71. 72. IV, 2, 9. lex Rubr. v. 711 c. 21. 22.

4. Die actio ex stipulatu ist die jüngste der Stipulationsklagen und fällt in die Zeit nach der lex Aebutia v. 513—517 (Beil. XXI A. 2): denn zur Zeit der Legisactionen konnte eine neue Klage nur durch Gesetz oder jenes eigenthümliche Verfahren der interpretatio eingeführt werden, welches die neue Klage einer bereits gegebenen beiordnete[41]); beides aber fehlt hier: ebenso ein Gesetz, wie die ein unmittelbares Vorbild für die a. ex stipulatu bietende ältere Klage. Ueberdem würde auch eine Klage mit der intentio auf dare facere oportere ex fide bona für die leg. a. per condictionem sich nicht geeignet haben. Wohl aber ist unmittelbar nach der lex Aebutia die a. ex stipulatu für ein zweifaches Rechtsgeschäft constituirt worden, und zwar

a. für die cautio rei uxoriae, welche vom J. 523 an zu Rom in Uebung kam[42]) und welche eine doli mali clausula enthielt in der Bestimmung, daß im Falle der Ehescheidung der Ehemann an der bestellten dos eine Retention dessen habe, „Quod melius aequius erit“[43]). Aus dieser cautio aber ward von der Interpretatio die a. ex stipulatu gegeben (§ IV), deren ältester Name a. sponsae pecuniae war (§ VI), und welche selbst der incerti condictio der lex Aquilia nachgebildet und

---

41) Denn die in die Form der leg. a. eingekleidete Klage mußte den Worten eines Gesetzes angepaßt sein, welches die Klage setzte oder an welches die Interpretatio die Klage anschloß: Thl. III § 2 unter e. Daher konnte vor der lex Aebutia keine neue Klage durch edictum oder consuetudo eingeführt werden, so daß diese Rechtsquellen insoweit erst der Zeit nach der lex Aebutia und der Entstehung des ius gentium angehören: Thl. II § 79. 83. Damit steht selbstverständlich nicht in Widerspruch, daß die sogen. leg. a. per pignoris capionem nach Gai. IV, 26. 27 auch moribus introducta est; denn dieselbe ist weder Klage, noch Proceß-, noch auch gerichtliches Verfahren, als vielmehr lediglich eine gestattete und geregelte Selbsthülfe (s. Thl. III § 32 unter V).

42) Voigt, lex Maenia § 1.

43) Boëth. in Top. p. 378: dos interdum his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, „Quod melius aequius“ esset, apud virum remaneret. Hieraus erklärt sich die sachlich so allgemein und unbestimmt gehaltene intentio auf quidquid — dare facere oportere ex fide bona: denn es empfing diese intentio ihre nähere Bestimmung durch die betreffende Stipulation.

nur durch den Zusatz ex fide bona von dieser unterschieden ist. Und sodann

b. für die fidepromissio, aus welcher niemals condictio, sondern stets nur a. ex stipulatu gegeben ward, indem man dem „fide“ an sich den Werth einer doli mali clausula beimaß (§ III unter B 2), auch wenn eine anderweite doli clausula, wie z. B. dolum malum afuturum esse oder dergl. nicht inserirt war. Und für diese Klage nun aus der fidepromissio, auf welche die intentio der Klage unter a übertragen ward, haben wir als älteste und technische Bezeichnung den Ausdruck a. ex stipulatu anzuerkennen, so daß von hier aus erst diese Benennung auch auf andere Vorkommnisse der Stipulation mit doli clausula sich übertrug und verallgemeinerte, wie andrerseits auch die Bezeichnung a. sponsae pecuniae verdrängte und absorbirte.

Im Uebrigen weist auch die Benennung a. ex stipulatu an sich auf ein höheres Alter der Klage hin, da die Form stipulatus archaisch ist.

## B. Die Formeln der Stipulation.

### § III.

Die Formeln im Allgemeinen der Stipulation und die doli mali clausula.

A. Die Formeln der Stipulation, welche namentlich Gai. III, 92. 116. Paul. sent. rec. II, 3. überliefern, zerfallen in zwei Classen und zwar

1. Formeln, in denen ein technisches Stichwort auftritt und welche nun selbst nach dem Letzteren ihre Sonderbenennung empfangen. Dieß sind die Formeln

a. spondesne? spondeo, sponsus oder sponsio genannt (s. § VI);

b. fide tua promittis? fide mea promitto (Beil. XVIII § IV unter 4), deren technische Benennung fidepromissio oder fideipromissio zwar nicht überliefert zu sein scheint, aber mit

Sicherheit aus dem Worte fidepromissor oder fideipromissor[44]) zu entnehmen ist;

c. fide tua esse iubes? fide mea esse iubeo (Beil. XVIII § VII. a. E.), deren technische Benennung fideiussio als Bezeichnung einer Unterart der adpromissio erhalten ist.

2. Formeln, welche kein technisches Stichwort haben, und zwar

a. denen entweder jedes Stichwort fehlt, indem vielmehr der die Prästation verlautbarende Ausdruck selbst an Stelle des Stichwortes tritt: dabisne? dabo, und facies? faciam, sowie nach Proc. 5. Epist. (D. L, 16, 125): mihi erunt? tibi erunt; oder

b. Formeln mit einem Stichworte, welches jedoch nicht jenen technischen Charakter an sich trägt, nämlich promittis? promitto, und fidei tuae erit? fidei meae erit.

B. Die Stipulation ist empfänglich für Aufnahme der doli mali oder doli clausula, dießfalls auch doli stipulatio genannt[45]), deren juristischer Effect darin sich concentrirt, die a. ex stipulatu zu begründen (§ IV). Halten wir daher an diesem Effecte als einem wesentlichen Merkmale der doli clausula fest, so haben wir nun von solcher auszuscheiden nicht nur die analogen Clauseln in Klagformeln, welche mitunter auch doli clausula benannt werden (A. 45), sondern auch folgende Vorkommnisse:

a. in Bezug auf Grabdenkmäler wird für dieselben von deren Errichter häufig die lex ausgesprochen: huic monumento dolus oder dolus malus abesto[46]); dieß ist eine doli clausula,

44) Fideiprommissor haben Gloss. Philox. p. 96 no. 17. 18. ed. Bon. Vulcan. und Prob. Einsiedl. in Gramm. Lat. ed. Keil IV, 276. no. 59. p. 319. no. 20.

45) Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. § 3); umschreibend sagt Paul. Sent. rec. V, 7, 4: si in dolum — eius concepta fuerit stipulatio. — Ueber die doli clausula handelt Kämmerer, de claus. doli mali in contr. Heidelb. 1808. — Nicht hierher gehört die doli clausula, die von Ulp. 29 ad Ed. (D. XV, 1, 30. § 7) erwähnt wird und welche Clausel einer Klagformel, nicht aber eines Rechtsgeschäftes ist.

46) Wegen h(uic) m(onumento) d(olus) oder d(olus) m(alus) a(besto) vgl. C. J. L. I n. 1091. C. J. Gr. n. 6298. 6299. Orelli Inscr. n. 4379. 4389. Zell, del. n. 579. 1054. Wegen huic monumento dolus malus et ius civile abesto s. Thl. III A. 672. Vgl. auch Orelli n. 4571: h(oc) m(onumentum) s(ine) d(olo) m(alo) concessum est. — Analoge Clauseln s. Thl. III § 5 a. E. § 13.

aber unächt, insofern ihr der obige Effect fehlt. Und gleiches Verhältniß waltet ob in der Inschrift bei Mommsen J. N. 212, wo L. Domitius Phaon in Erfüllung eines Votum dem collegium Silvani vier Grundstücke übereignet und hiermit zuerst eine sacrale Stiftung verbindet, welcher in lin. 18 fg. die clausula beigefügt ist: huic rei dolum malum afuturum, quo minus ea quae supr[a] scripta sunt fiant, manifestum est; sodann aber die Bestellung mehrerer Servituten nachfolgt, welche lin. 31 fg. mit den Worten schließt: haec sic dari fieri praestari sine dolo malo iussit permisitque L. Domitius Phaon.

b. In der lex collegii Dianae et Antinoi v. 136 lin. 33 kehrt eine ähnliche unächte doli clausula wieder: [a nostro co]llegio dolus malus abesto, wodurch die Corporation sich gegen die Chicane Dritter bei Einforderung von Begräbnißgeldern verwahrt; vgl. Mommsen, de colleg. et sodal. 100. Huschke in Ztschr. f. gesch. R. W. XII, 216.

c. Der emtio venditio und so wohl auch anderen bon. fid. contractus fügte man mitunter die Clausel bei: dolus malus aberit. Dieß ist eine unächte doli clausula insofern, als sie ohne allen und jeden Effect war [47].

d. Dem Worte recte, welches ebenso wie bene, bonum mit dare oder einem facere häufig verbunden wird [48], wird nach Savigny, Syst. Beil. XIII, no. XVII, allgemein der Werth einer doli clausula beigemessen [49]. Dieß ist jedoch ein Irrthum:

47) Proc. 3 Epist. (D. XVIII, 1, 68. § 1): fere aliqui solent haec verba adiicere: „Dolus malus a venditore aberit,“ qui, etiamsi adiectum non est, abesse debet.

48) Cat. RR. 144, 1: oleam cogito recte omnem arbitratu domini; 145, 1: oleam — facito recte arbitratu domini; 146, 2: recte haec dari fierique; Varr. RR. II, 2, 6: sanas recte esse; habere recte licere; haec sic recte fieri; 3, 5: recte esse (i. e. edere) — posse habereque recte licere; 4, 5: habere recte licere; 5, 11: sanos recte esse; Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1): sic recte dari fieri; Pap. 11 Resp. (D. XLV, 2, 11. § 2): tot aureos recte dari; Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40): XV proba recte dari. Weitere Beispiele in Stipulationen s. Brisson. de Form. VI, 177. Antiq. I, 9. de V. S. s. v. — Cat. R. R. 14, 3: huic operi pretium ab domino bono, qui bene praebeat, quae opus sunt; § 4: bono domino pars quarta pretii accedat.

49) Dadurch ist dieser Irrthum in Beil. VII § 24 gelangt. — Wenn

durch recte wird lediglich dasjenige dare oder facere, mit dem es sich verbindet, somit ein ganz isolirter Moment auf das viri boni arbitrium gestellt, so daß der Effect dieses Wortes ein weit beschränkterer ist, als der der doli clausula [50]).

e. Ebensowenig ist eine ächte doli clausula, dafern hinsichtlich einer einzelnen und bestimmten obligatorischen Leistung der dolus malus durch ein Rechtsgeschäft verpönt wird, wie z. B. bei Scaev. 16 Dig. (D. XXXII, 1, 34. § 1): Titio heres XX dare damnas esto sine dolo malo; und 18 Dig. (D. XXXII, 1, 37. § 3): quae tibi mancipia — donationis causa tradidi, in iure (om. Tribon.) cessi, per te non fieri dolove malo, — quo minus ea mancipia, quae — eorum extabunt neque dolo malo aut fraude factove tuo — in rerum natura — esse desiissent, mihi — reddantur, stipulatus est L. Titius etc. oder auch Cat. R. R. 14, 3: numos fide bona solvat.

Dahingegen sind ächte doli clausulae:

1. quod melius aequius erit in der cautio rei uxoriae (A. 43 und Beil. XX § IV), an deren Stelle jedoch später die gemeine doli clausula unter 4 trat;

2. fide in der fidepromissio, was daraus erhellt, daß aus solcher Stipulation nicht die condictio, als vielmehr stets die a. ex stipulatu gegeben ward. Den Beweis hierfür ergeben

---

Savigny noch recte dari fieri fide anführt, so ist dieß ein Irrthum: bei Scaev. in A. 48 ist fide nicht mit fieri, als vielmehr mit rogare und promittere zu verbinden s. A. 51. Vgl. Huschke, Gaj. 231.

50) Vgl. Beil. VII § 24. Den sichersten Beweis liefert die cautio usufructuaria, welche drei Clauseln enthielt: de re restituenda, de usufructu utendo concipirt auf boni viri arbitratu usurum fructurum nach Ulp. 18 ad Sab. (D. VII, 9, 12), wozu vgl. 17 ad Sab. (D. VII, 1, 7. § 2. 3), 79 ad Ed. (D. VII, 9, 1. § 3), Paul. Sent. rec. I, 11, 2; sowie de dolo malo d. i. die doli clausula (s. § IV). Diese letztere Clausel wäre tautologisch und überflüssig, wenn recte oder boni viri arbitratu bereits den Werth derselben hätten; und gleiches Verhältniß waltet ob bei der stipul. collationis: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVII, 6, 5. § 1) und der cautio de opere restituendo: Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 4). Aehnlich enthält das instrum. donat. Flav. Artemid. (s. A. 54) zuerst die doli clausula: Dolumque malum huic rei abesse afuturumque, und dann jene Clausel: sic haec recte dari fieri; und ebenso das instr. don. Stat. Irenes (A. 54). Vgl. A. 66 und Cat. RR. 144, 2. 3. sowie Gneist, form. Vertr. 188 fg.

aber, was die principale Stipulation betrifft, Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1), wo ein foenus nauticum für die Seefahrt von Berytt nach Brundisium und zurück gegeben ist, auf 200 Tage Ziel, jedoch unter cassatorischer Clausel in der Maaße, daß bei Verzögerung der Rückfahrt das Darlehn nebst Kosten sofort in Rom rückzahlbar sein solle; und wo nun die Stipulation, wie häufig, als reine Additionalclausel der Vereinbarung beigefügt ist in der Form: haec sic recte dari fieri fide promittis? fide promitto [51]. Aus dieser Stipulation aber giebt Scaev. nicht condictio, als vielmehr a. ex stipulatu. Und ebenso vertritt fide promittere die doli clausula der stipulationes duplae oder simplae (s. § IV unter a) in den Kaufdocumenten der siebenbürgischen Wachstafeln bei Mommsen, Monatsber. d. berl. Akad. 1857 S. 519. II, lin. 1. IV, lin. 5. und bei Detleffen in Sitzungsber. d. phil. hist. Cl. d. Akad. d. Wiss. zu Wien 1857. XXIII. S. 606. II, lin. 1. S. 638. lin. 7. Dagegen für die adpromissorische fidepromissio ergiebt diesen Beweis Gai. IV, 137, indem derselbe die hier mitgetheilte Formel der incerti condictio ausdrücklich auf die sponsio und fideiussio beschränkt (§ I unter 3 bb), hiernach aber für die fidepromissio eine andere Klage gar nicht verbleibt, als die a. ex stipulatu (vgl. Thl. III § 48). Hierauf allenthalben aber haben wir die Annahme zu stützen, daß auch die von Paul. Sent. rec. II, 3, 1 bekundete, jedoch erst späterer Zeit angehörige Formel fidei tuae erit? fidei meae erit als Trägerin einer doli clausula angesehen ward.

3. Si quid dolo in ea re factum sit, neben Anderem üblich in dem compromissum auf einen Schiedsrichter, woraus die a. ex stipulatu gegeben ward [52].

4. Die gemeine doli clausula [53], in zwei verschiedenen Grundformen zu Tage tretend, nämlich

51) Scaev. cit.: eaque sic recte dari fieri fide roganti Sticho, servo L. Titii, promisit Callimachus. — Daß bei der fideiussio das „fide“ nicht den Werth einer doli clausula haben kann, ergiebt sich aus Beil. XVIII. § VII a. E. im Gegensatz zu deren § IV unter 4.

52) Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 31), Diocl. et Max. im C. Just. II, 56, 3. vgl. Brisson. de Form. VI, 152. 153.

53) Vgl. Brisson. de Form. VI, 48. 180. Kämmerer, a. O. 50 fg. Huschke, T. Flav. Syntr. donat. instr. 33 fg.

aa. dolum malum huic rei [promissionique] abesse afuturumque esse spondesne[54]? oder: ab hac re [promissioneque] dolus malus aberit, abfuerit[55]? oder dolus malus aberit a te heredeque tuo[56]? und

bb. cui rei (si) dolus malus non abest, non abfuerit, quanti ea res est, tantam pecuniam dari spondes[57]? oder: si huius rei dolus malus non aberit, quanti ea res est, dari spondes[58]?

Und zwar findet sich die doli clausula unter aa theils bei allen stipulationes praetoriae (s. §. IV), theils, ebenso wie die Clausel unter bb, bei den stipulationes conventionales, dafern hier deren Einfügung den Contrahenten beliebte.

Diese generelle doli clausula wird von Giraud in Revue historique de droit franc. 1867. XIII, 93. auf C. Aquilius Gallus, den Zeitgenossen Cicero's zurückgeführt. Allein diese Annahme ist sehr bedenklich, da dießfalls Cic. de Off. III, 14—16 dieß nicht übergangen haben würde. Und wenn allerdings diese doli clausula jünger ist, als die unter 1 und 2, so gehört dieselbe doch sicher noch der Zeit vor Schaffung der a. de dolo, somit der vorciceronianischen Zeit an, so daß gerade die Nichtexistenz jener Klage das Bedürfniß nach der doli clausula wachrief und die letztere schuf: bei Cic. de Off. III, 15, 61 ist die a. ex stipulatu und damit zugleich die doli clausula mit inbegriffen in den iudicia, in quibus additur „Ex fide bona", und der lex Rubria v. 711 (s. § I unter 4), wie dem Serv. bei Ulp.

---

54) So in der stipulatio iudicatum solvi: Venul. 9 Stip. (D. XLVI, 7, 19), der cautio leg. Falcid.: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 1. pr.), wie usufructuaria: Ulp. cit. (D. VII, 9, 5. pr.), in den instrum. donat. der Stat. Irene und des Flav. Artemid. bei Zell, Delect. no. 1780. 1785, ferner bei Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. pr.), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 13), Paul. 72 ad Ed. (D. XLV, 1, 83. pr.), Ambros. in A. 20; endlich in Marini's Pap. diplom., so in der donatio bei Spangenberg, Tab. negot. p. 176, in den venditiones das. p. 230. 247 u. a. m., wie abgekürzt das. p. 224.

55) So in dem instrum. donat. des Flav. Syntr. bei Zell, a. O. n. 1779, bei Ulp. 18 ad Ed. (D. L, 16, 69).

56) Paul. 6. 12 ad Sab. (D. X, 2, 44. § 5. XLV, 1, 4. pr.).

57) Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 13).

58) Venul. 9 Stip. (D. XLVI, 7, 19. § 1).

81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 5) ist die a. ex stipulatu aus dieser Clausel ebenfalls bereits geläufig.

## § IV.

### Der juristische Effect der doli mali clausula.

Der Effect der doli clausula läßt sich in dem Satze zusammenfassen: dieselbe begründet für die betreffende Stipulation die a. ex stipulatu. Diesen allgemeinsten Satz bekunden ebensowohl

Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): ex stipulatu actio competat propter doli clausulam; und bei demselben 11 ad Ed. (s. A. 67);

Ulp. 76 ad Ed. (D. cit. § 16): ex doli clausula — actio intenditur — ex stipulatu; 11. 13 ad Ed. (s. A. 67);

wie derselbe auch darin zu Tage tritt, daß aus den Stipulationen, welche die doli clausula haben, immer nur die a. ex stipulatu gegeben wird. Und zwar ist dieß der Fall

a. bei den praetoriae stipulationes, hinsichtlich deren einerseits die doli clausula als ein normaler Bestandtheil[59]), und andererseits lediglich die a. ex stipulatu als die dadurch begründete Klage in den Quellen erwähnt wird. Insbesondere aber wird bekundet für die

cautio legis Falcidiae die dol. claus. von Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 1. pr.), die a. ex stip. von Jul. bei Maec. 9 Fideic. (D. XXXV, 2, 32. § 2);

cautio usufructuaria die doli claus. von Ulp. 79 ad Ed. (D. VII, 9, 5. pr.), die a. ex stip. von Venul. 12 Stip. (D. VII, 9, 4);

stipulatio iudicatum solvi die doli claus. von Ulp. 78 ad Ed. (D. XLVI, 7, 6), Venul. 6. 9 Stip. (D. XLVI, 7, 17. 19); vgl. Ulp. 77 ad Ed. (D. XLVI, 1, 33. a. E.), die a. ex stip. von Jul. bei Maec. 9 Fideic. (D. XXXV, 2, 32. § 2);

cautio rem salvam fore die doli claus. von Cels. 4 Dig.

---

59) Vgl. Brisson. in A. 53 cit. Huschke, Gaj. 231. Keller, Civ.-Pr. A. 892. 1105. — Vgl. im Allgemeinen noch Jul. bei Ulp. 63 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 3).

(D. V, 3, 45), die a. ex stip. von Ulp. 47 ad Sab. (D. XLVI, 2, 9. pr.);

ferner die doli clausula allein wird bekundet für die
cautio de opere restituendo: Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 2);
stipulatio pro praede litis vindiciarum: Ulp. 78 ad Ed. (D. L, 16, 69); vgl. Cels. 4 Dig. (D. V, 3, 45);
stipulatio rem ratam haberi: Jul. 56 Dig. (D. XLVI, 8, 22. § 7), Paul. 13 ad Sab. (D. XLVI, 8, 19);
cautio legatorum servandorum: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXVI, 3, 1. pr.);

endlich die a. ex stipulatu allein wird bezeugt für die
ädilicische wie sonstige stipulatio duplae vel simplae: Jul. 13 Dig. (D. XXI, 2, 7), Gai. 2 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 2, 57. pr.) Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 8), Ulp. 1 ad Ed. Aed. cur. (D. XXI, 1, 19. § 2), Paul. 77 ad Ed. (D. XXI, 2, 53. § 1), Modest. 5 Resp. (D. XLV, 1, 102);
cautio iudicio sisti: Pap. 2 Quaest. (D. II, 11, 15), Ulp. 7 ad Ed. (D. II, 10, 1. § 3);
cautio damni infecti: lex Rubria (s. § I unter 4), Serv. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 5), Proc. 2 Epist. (D. VIII, 2, 13. § 1), Ulp. cit. (D. cit. 28), Paul. 48 ad Ed. (D. cit. 18. § 6).

b. Dagegen bei den conventionales stipulationes ist die doli clausula ein freibeliebter[60]), obwohl häufiger Zusatz Seitens der Parteien und wird hier bekundet für die gemeine doli clausula (s. § III unter 5) von Lab. bei Ulp. 11. ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3.). Jul. 16 Dig. (D. XLV, 1, 53), Pomp. 21 ad Qu. Muc. (D. XLII, 1, 22. § 1), Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 4), Pap. 36 Quaest. (D. XLV, 1, 119), 11 Resp. (D. cit. 121. pr. § 3), Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16), 49. 50

---

60) So incerta stipulatio ohne doli clausula z. B. bei Alfen. 8 Dig. a Paul. epit. (D. XVII, 2, 71. pr.), Paul. 3 Quaest. (D. XII, 1, 40); ferner Ulp. 13 ad Ed. (D. IV, 8, 31): sed si quidem compromisso adiiciatur etc. — — Quodsi huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est etc.; auch Paul. Sent. rec. V, 7, 4.

ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 13. XLVI, 4, 13. § 5), Paul. 9. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 22. 4. pr.), Ambros. de Off. III, 10 (in A. 20).

Und wiederum die a. ex stipulatu wird bekundet für die
cautio rei uxoriae von Pap. 4 Resp. (D. XXIII, 4, 26. § 5), Ulp. 11 ad Ed. (D. XLV, 1, 70), Paul. 7 Resp. (D. XXXIII, 4, 11), 6 Quaest. (D. XXIV, 3, 45), Modest. de Diff. dot. (D. XXIII, 3, 13), Sev. u. Car. im C. Just. V, 18, 1. Justinian. das. V, 13, 1. pr Inst. IV, 6, 29;
fidepromissio von Scaev. 28 Dig. (D. XLV, 1, 122. § 1);
compromissum von Ulp. und Diocl. et Max. in A. 52 cit.; sowie
für die Stipulation schlechthin (mit doli clausula) von Lab. bei Ulp. 11. 76 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3. XLIV, 4, 4 § 15), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1), Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 3), Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 16) vgl. Pomp. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. pr.).

In jenem Satze aber, daß die doli claus. die a. ex stip. erzeugt, sind die beiden Positionen enthalten: die doli claus. verwandelt die durch die Stipulation an und für sich begründete condictio certi und triticaria nebst incerti in die a. ex stipul.[61]), wie sie anderntheils die certa stipulatio insbesondere in eine incerta verwandelt.

Der eigenthümliche Effect aber der a. ex stipulatu und somit der secundäre Effect der doli clausula selbst concentrirt sich in der intentio auf dare facere oportere ex fide bona, wodurch die aequitas zu einer gewissen Herrschaft berufen wird innerhalb eines Gebietes, welches im großen Ganzen der Herrschaft des rigor unterfällt. Denn, was zunächst diesen letzteren

61) So Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 1), 7 ad Ed. (D. II, 10, 1. § 3): si ex stipulatu conveniatur de poena (i. e. conventionali) und insbesondere die cautio iudicio sisti, welche regelmäßig auf certa pecunia concipirt wird: Gai. IV, 186. Pap. 2 Quaest. (D. XLV, 1, 115. pr.) und doch a. ex stipul. erzeugt: Pap. und Ulp. supra citt. Vgl. Lab. bei Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2). Daher irrt Keller, Civ. Pr. A. 891, wenn derselbe eine certi cond. aus einer stipulatio praetoria für möglich hält.

Punkt, den rigor betrifft, so weist schon der historische Ausgangspunkt der a. ex stipul., wonach dieselbe lediglich eine Abzweigung und Modification der incerti condictio ist, darauf hin, daß jene Klage selbst eine a. stricti iuris ist[62]). Und diese Annahme wird bestätigt ebenso durch das bestimmte Zeugniß von

Justinian in Cod. V, 13, 1. § 2: non ignoramus ex stipulatu actionem stricto iure esse vallatam et non ex bona fide descendere, wozu vgl. Inst. IV, 6, 29. Theoph. in h. l.

wie auch durch die bezüglich der a. ex stipul. gültige Ordnung, und zwar Letzteres insofern, als einerseits in derjenigen Sphäre, welche nicht in Abhängigkeit steht von der intentio der formula und welche somit der Einwirkung der Clausel ex fide bona entzogen ist, der rigor ausschließlich maaßgebend ist, andrerseits aber sogar innerhalb der von der intentio beherrschten Sphäre der rigor neben der aequitas zur Herrschaft gelangt. Und zwar, was zunächst den ersten dieser beiden Momente betrifft, so tritt hier die Natur der a. ex stipulatu als stricti iuris in folgenden Beziehungen zu Tage:

1. Das iusiurandum in litem ist bei allen bon. fid. actiones statthaft, bei der a. ex stipulatu aber unstatthaft:

Paul. 26 ad Ed. (D. XII, 3, 6): si ex stipulatu — agatur, non solet in litem iurari;

2. die Stipulation auch mit doli clausula unterliegt der obligationis, wie liberationis cond. ob causam, wenn sie in entsprechender vitiöser Weise resp. begründet oder gelöst ist; bezüglich der bon. fid. a. dagegen ist dieß schlechterdings nicht der Fall[63]).

3. Bezüglich der bon. fid. a. gilt das Axiom.: doli exceptio inest, nicht aber gilt dieses Gesetz bezüglich der a. ex stipulatu: hier kann die exc. doli nur dann in iudicio zur Geltung ge-

---

62) Dafür erkennt sie auch an Huschke Gaj. 227. Wegen der herrschenden abweichenden Meinung s. die daselbst Citirten.

63) Voigt Cond. ob caus. § 48 und insbes. Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 1) vgl. 47 ad Ed. (D. XLVI, 2, 9. pr.), wie § 49 und insbesondere S. 356. — Voigt, a. O. § 86.

bracht werden, wenn sie in iure vorgeschützt und der formula inserirt ward[64]);

4. bei der bon. fid. a. begründet das dem Contracte unterliegende Fundament der aequitas auch bei unilateralen Contracten, wie z. B. dem Depositum für beide Contrahenten ein Rechtsmittel wegen dolus: die bon. fid. a., wie die exc. doli; bei der a. ex stipulatu dagegen ergiebt das durch die doli clausula begründete Fundament der aequitas nur für den stipulator ein vertragsmäßiges Rechtsmittel wegen dolus in der a. ex stipulatu, während der promissor lediglich die ipso iure zuständige exc. doli hat[65]).

Was dagegen den zweiten jener beiden Momente betrifft, die Herrschaft je von rigor oder aequitas innerhalb der Sphäre, welche von der intentio der Klage beherrscht wird, so tritt nun hier eine Theilung der Herrschaft zwischen jenen beiden Principien ein nach dem Gesetze, daß insoweit, als über die Rechte des stipulator oder über die correspondirenden Verbindlichkeiten des promissor die Stipulation selbst eine besondere Verlautbarung neben der doli claus. enthält, das Rechtsgeschäft als Contract des ius strictum dem rigor unterworfen bleibt und dessen Principien, somit aber auch das iudicium iudicis Platz greifen; insoweit dagegen, als die Stipulation eine derartige Disposition nicht verlautbart, jene Rechte und Pflichten der Sphäre der doli claus. anheimfallen und durch diese der Herrschaft der aequitas und somit dem arbitrium iudicis[66]) unterstellt werden:

---

64) Lab. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 15): exceptionem (sc. doli) esse necessariam. Anderer Meinung Gneist, Form. Vertr. 187.

65) Lab. in A. 64 cit. Paul. 7 Resp. (D. XXXIII, 4, 11), 57 ad Ed. (D. XXI, 2, 53. § 1), Modest. de Differ. dot. (D. XXIII, 3, 13). Anders verhält sich dieß mit der Compensation: Ulp. 68 ad Ed. (D. XVI, 2, 10. § 3): in stipulationibus — praetoriis (sensu strict.) compensatio locum habet, et secundum Julianum tam in ipsa stipulatione, quam in ex stipulatu actione poterit obiici compensatio; somit also: der Prätor gab Compensation gegen die in stipulationem zu deducirende Summe, und hieraus folgerte die Rechtswissenschaft Compensation gegen die mit a. ex stipulatu eingeklagte Summe. So erklärt sich diese Singularität als eine Consequenz aus höheren, anomalen Prämissen.

66) Ulp. 76 ad Ed. (D. XXXV, 3, 3. § 6): non committi stipula-

Jul. 16 Dig. (D. XLV, 1, 53): stipulationes commodissimum est ita componere, ut, quaecunque specialiter comprehendi possunt, contineantur; doli autem clausula ad ea pertinet, quae in praesentia occurrere non possunt, et ad incertos casus pertinent;

Pap. 36 Quaest. (D. XLV, 1, 119): doli clausula, quae stipulationibus subiicitur, non pertinet ad eas partes stipulationis, de quibus nominatim cavetur.

Dieser Satz aber: innerhalb jener Sphäre der doli claus. herrscht die aequitas, ist identisch mit dem Satze: innerhalb dieser Sphäre wird auf Grund solcher Vereinbarung vom promissor bezüglich der demselben obliegenden Pflichten bona fides erfordert oder dessen dolus malus reprimirt:

Ulp. 78 ad Ed. (D. L, 16, 69): haec verba: „Cui rei dolus malus aberit, abfuerit“ generaliter comprehendunt omnem dolum, quicunque in hanc rem admissus est, de qua stipulatio est interposita.

Und zwar sind solche bona fides und dolus malus die gleichen Begriffe, wie solche bei den bon. fid. actiones und der generellen exc. doli mali maaßgebend sind, obwohl ihre Tragweite hier insofern eine beschränktere ist, als bezüglich des Princips III der aequitas: des neminem cum damno alterius locupletior fieri debet die condemnatio der formula mitbestimmend eingreift (A. 68 fg.). Indem daher die Verletzung der bona fides in dieser Beziehung die a. ex stipulatu hervorruft, so wird nun die letztere beispielsweise begründet:

aa. durch dolus im engeren Sinne,[67] so nach Ulp. 13

---

tionem propter viri boni arbitrium, quod inest huic stipulationi: 77 ad Ed. (D. XLVI, 1, 33): non committetur stipulatio, quia vir bonus non arbitraretur; Venul. 12 Stip. (D. VII, 9, 4): si viri boni arbitrium huc usque porrigitur. Damit concurrirt öfter die Conception der Stipulation auf viri boni arbitrium (A. 50), wodurch auch noch die in der Stipulation verlautbarte Disposition in dem betreffenden Punkte auf das arbitrium iudicis gestellt wird. Im Allgemeinen vgl. Thl. III. § 33. Gleiche Ordnung überträgt Gaius auf die Testamente s. Thl. III A. 689.

67) Bei der streng subsidiären Natur der a. de dolo ist es daher einfache Consequenz, wenn die doli claus. diese Klage durch die a. ex stipul. ausschließt: Pomp. 28 ad Ed. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 1. § 4),

ad Ed. (D. IV, 8, 31): si arbitrum quis corrupit — — vel advocatum diversae partis — — vel si adversarium callide circumvenit, oder nach Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3), wenn der debitor den geschuldeten Sclaven vergiftet mancipirt oder das geschuldete Grundstück bei der Mancipation eigenmächtig mit Servituten beschwert oder ökonomisch deteriorirt; oder nach Paul. 9 ad Sab. (D. XLV, 1, 22), wenn der Verkäufer arglistig den Abkäufer glauben machte, die verkaufte Bronze sei Gold; vgl. auch Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 4);

bb. durch Benutzung eines Irrthumes in der Willenserklärung des stipulator Seitens des promissor, dafern jener Irrthum als eine nachtheilige Auslassung sich äußert, wie bei Jul. 56 Dig. (D. XLVI, 8, 22. § 7).

cc. insbesondere sodann die Herrschaft des Princips der voluntas innerhalb der der bona fides unterfallenden Sphäre der Stipulation wird zwar nur indirect, aber in unzweideutigster Weise bekundet von Gai. 1 de Test. ad Ed. praet. (D. XXXV, 1, 16), worüber vgl. Thl. III A. 639.

---

lib. 76 ad Ed. (D. XLIV. 4, 4. § 16), sowie Lab. bei Ulp. 11 ad Ed. (D. IV, 3, 7. § 3): sive cavit (sc. stipulator) de dolo sive non, dandam in eum de dolo actionem, quoniam, si cavit, dubium est, an competat ex stipulatu actio, woraus zugleich erhellt, daß die doli clausula in der Stipulation die a. ex stipul. erzeugt; wozu nun Ulp.: sed est verius, si quidem de dolo cautum est, cessare actionem de dolo, quoniam est ex stipulatu actio (d. h. bei Stipulation mit doli claus. greift a. ex stip. Platz und diese schließt die a. de dolo aus); si non est cautum, in ex emto quidem actione cessat de dolo actio, quoniam est ex emto (d. h. bei Kauf, nicht in Stipulation gekleidet, greift a. emti Platz und diese schließt die a. de dolo aus); in ex stipulatu de dolo actio necessaria est (d. h. bei Stipulation ohne doli clausula, greift nicht a. ex stipulatu, wohl aber die a. de dolo Platz), woraus sich ergiebt, daß nur die mit doli claus. versehene, nicht aber die derselben ermangelnde Stipulation die a. ex stipul. begründet; 13 ad Ed. (D. IV, 8, 31): si quidem compromisso adiiciatur ut: „Si (so und nicht wie bei Mommsen ist zu interpungiren) quid dolo in ea re factum sit“ ex stipulatu conveniri, qui dolo facit, potest; — — quodsi huiusmodi clausula in compromisso adscripta non est, tum de dolo actio locum habebit, woraus wiederum sich ergiebt, daß doli claus. und a. ex stipul. in wesentlicher Correspondenz stehen.

Endlich wirkt nun auch noch bestimmend auf die a. ex stipulatu ein deren condemnatio auf: (Quidquid parret — — dare facere oportere ex fide bona) eius, iudex, Num. Negidium Aul. Agerio condemnato, si non parret, absolvito. Und zwar indem diese condemnatio je nach der Natur der betreffenden Klagindividualität bald das quanti res est oder den Sachwerth, bald das quanti interest oder das Interesse oder den Schaden vertritt, und diese zwiefältige Function ihr auch je bei den verschiedenen Vorkommnissen der a. ex stipulatu beigemessen wird,[68] so gestaltet sich nun je nach dieser verschiedenen Auffassung, als auch nach der besonderen Conception der Stipulation[69]) und deren theoretischer Function das Maaß der Haftung des promissor auf das Verschiedenste[70]), so daß eine Feststellung allgemein gültiger Gesetze hierdurch vereitelt wird.

---

68) Quod interest bei allen stipulat. conventionales mit doli claus.: Scaev. 5 Resp. (D. XLV, 1, 135. § 3), Paul. 13 ad Sab. (D. XLVI, 8, 19): idemque (sc. id contineri quod intersit stipulatoris) iuris est in clausulis omnibus de dolo malo; sodann bei caut. rem ratam haberi: Scaev. 13 Quaest. (D. XLVI, 8, 4), Venul. 15 Stip. (D. XLVI, 8, 8. § 2), Paul. 13 ad Sab. (D. cit. 19), 76 ad Ed. (D. cit. 13. pr.). Dagegen Quanti res est bei cautio damni infecti: Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 28), de opere restituendo: Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 4).

69) Conception der Stipulation auf quod interest, so der cautio de opere restituendo, bei einer Mehrheit von Nuncianten: Ulp. 80 ad Ed. (D. XXXIX, 1, 21. § 7); auf quanti res est bei der caut. de opere restituendo in anderem Falle: Ulp. cit. (D. cit.), bei caut. damni infecti: Aristo bei Paul. 48 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 18. § 10); iudicatum solvi: Paul. 73 ad Ed. (D. XLVI, 5, 2. § 2), legis Falcidiae: Ulp. 79 ad Ed. (D. XXXV, 3, 1. pr.), iudicio sisti wegen a. iudicati und depensi: Gai. IV. 186. Daneben auch wieder die Conception auf certa pecunia: A. 61.

70) Vgl. namentlich Paul. 76 ad Ed. (D. XLVI, 8, 13. pr.): in quantum mea interfuit i. e. quantum mihi abest quantumque lucrari potui. Im Besonderen Paul. 13 ad Sab. (D. XXXIX, 1, 12): tanti stipulatio committitur, quanti iudicatum sit; Ersatz von oder Caution für damnum emergens oder lucrum cessans: Serv. und Lab. bei Ulp. 81 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 24. § 3—5. 11), Proc. 2 Ep. (D. VIII, 2, 13. § 1), Cass. und Aristo bei Ulp. cit. (D. cit. 28), Gai. ad Ed. praet. Urb. (D. cit. 19. pr.), 28 ad Ed. prov. (D. cit. 29), Pap. 11 Resp. (D. XLV, 1, 121. pr.), Ulp. 43 ad Sab. (D. XXXIX, 2, 40. pr.), Paul. 48 ad Ed. (D. cit. 18. § 6); Restitution von Impensen: Cass. und Arist. citt.; partus ancillae: Sev. und Carac. im C. Just. V, 18, 1; fructus: Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. § 1), Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 9. § 6) u. a. m.

## § V.

### Alter und Entstehung der verschiedenen Stipulationsformeln.

Die verschiedenen, in § III unter A. zusammengestellten Formeln der Stipulation gehören in ihrer Entstehung ganz verschiedenen Zeitabschnitten an [71]. Unternehmen wir es nun, die Entstehung jener mehreren Formeln historisch zu fixiren, so ist auszugehen davon, daß dieselben in zwei Gruppen zerfallen, deren eine iuris civilis ist und repräsentirt wird durch die Formel spondeo, und deren andere iuris gentium ist und die sämmtlichen übrigen Formeln umfaßt, eine Thatsache, welche ausdrücklich bezeugt wird durch Gai. und mittelbar auch durch Theoph. [72]. Diese Thatsache aber weist darauf hin, daß die Form spondeo die älteste, alle übrigen Formeln aber erst jüngeren Datums [73]) und zwar erst nach Entstehung des privatrechtlichen ius gentium, somit erst in der Zeit nach 513 als Stipulationsformeln anerkannt worden sind. Und Gleiches ist auch zu entnehmen daraus, daß spondere nicht lediglich von der Stipulation in Form von spondeo, sondern auch von der Stipulation in jeder anderen Form technisch gebraucht wird (A. 98) und wiederum solcher Gattungsbegriff unter den mehreren je der besonderen Form der Stipulation entlehnten Individualbezeichnungen lediglich mit dem Worte spondere sich verbindet. Allein auch im Einzelnen bestätigt sich jene Thatsache, indem hier sechs Gruppen von verschiedenem Alter sich ergeben. Und zwar ist

1. bezüglich der Formel Spondesne? spondeo deren hohes Alter vor Allem aus der bezüglichen Terminologie zu entnehmen: die Bezeichnung von sponsio für Wette, von sponsalia für Verlöbniß, wie dem entsprechend der Gebrauch jener Formel bei diesen beiden Vereinbarungen reicht bis in die früheste Zeit des römischen Volkslebens zurück und gehört bereits

---

71) Vgl. Westrik, adnot. ad loc. Gai. Inst. de sponsor., fideprom. et fideiussor. Lugd. Bat. 1826. Schröter, de sponsor., fideprom. et fideiuss. Jen. 1822.

72) Gai. III, 93. 119. 179. Theoph. Par. III, 15, 1.

73) So bereits Schröter, l. c. p. 16.

der ältesten Periode an[74]), bevor die lex Silia der Stipulation Klagbarkeit verlieh. Und da nun auch die völkerrechtliche Sponsion (Thl. II A. 244) in gleicher Formel sich vollzieht, wie Gai. III, 94 bezeugt, und der Gebrauch der letzteren auch beim Verlöbnisse in Latium anzunehmen ist, wie die bezügliche, von Serv. Sulpic. de Dot. bei Gell. IV, 4, 1. berichtete Terminologie ergiebt (Thl. II § 34), so erweist sich hierdurch jene Formel als ein Gemeingut der italischen Völker, dienend als solenner Ausdruck der Willenserklärung. Im Uebrigen ist diese Formel bekundet einestheils bei den Verlöbnissen, wo sie allein sich vorfindet, (Thl. III § 33) und anderntheils ebenso bei principalen Stipulationen von Plaut. Capt. IV, 2, 118. P. Corn. Scip. de multa v. 614 bei Gell. VI, 11, 9. Varr. RR. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5. 5, 11, wozu vgl. Caecil. Stat. bei Cic. de Fin. II, 7, 22. (p. 38 Ribb.), wie auch bei Bürgschaften von Plaut. Curc. V, 2, 75. Poen. I, 2, 121. Trin. V, 2, 39. Insbesondere aber da, wo bei den processualischen Cautionen satisdatio durch adpromissores gewährt wird, werden im italischen Processe zwischen cives ausschließlich sponsores, nicht aber fidepromissores oder fideiussores bestellt, wie bekundet Gai. IV, 89, sowie lex Jul. mun. (v. J. 709) lin 113 fg.: queive sponsoribus creditoribusve suis renuntiavit, renuntiaverit se soldum solvere non posse, und Varr. LL. (ebenfalls v. 709) VI, 7, 74.: sponsor et praes et vas neque idem, neque res, a quibus hi (sc. appellantur, eaedem sunt), sed e re simili (sc. appellantur), wo beidemal das Fehlen der fidepromissores und fideiussores einen durchaus unzweideutigen Fingerzeig giebt[75]).

2. Die Formel Fide tua promittis? fide mea promitto ist jünger ebenso als die lex Publilia über den sponsus v. J. 427[76]), da diese die fidepromissio noch nicht kennt, sondern

---

74) Von Wetten berichtet Liv. III, 24, 5 bei der accusatio wider M. Volscius wegen falschen Zeugnisses v. J. 295 und III, 56, 4 bei dem Proceß über die Verginia v. J. 305. Wegen der Verlöbnisse vgl. Thl. III § 33.

75) Vgl. auch Salmas. de modo usur. 704.

76) Diese lex Publilia ist sicher später als die Silia von 311—329; sie verfolgt eine der lex Poetelia Papiria von 428 verwandte Tendenz

lediglich die Bürgschaft in der Formel unter 1, wie auch jünger als das ius gentium und als das Aufkommen der cautio rei uxoriae nach dem J. 523, durch welche erst die der fidepromissio zukömmliche a. ex stipulatu geschaffen ward (§ II unter 4a). Andererseits ist dieselbe bekannt dem Plaut. Men. (vor 538) V, 4, 6. Pseud. (v. 563) I, 3, 81. (Beil. XVIII. § IV unter 4), und wird betroffen und resp. genannt von der lex Apuleia über sponsores und fideprom.[77]).

3. Die Formel Dabisne? dabo ist angewendet bei Plaut. Pseud. (563) I, 1, 112 fg. IV, 6, 8 fg. und angedeutet I, 5, 122 fg. 140 fg., wozu vgl. IV, 6, 7, sowie in Bacch. (nach 564) IV, 8, 41 fg., jedoch sicher nur als Form der principalen, nicht aber der accessorischen Stipulation, da die Bürgschaftsgesetze der Republik diese Formel für die Adpromission nicht kennen. Da auch in jener ersteren Function die Formel erst dem ius gentium angehört, so ist sie im Allgemeinen gleichzeitig mit der fidepromissio: sie versieht namentlich die Function und ist in das Dasein gerufen, um als Formel für die Proceßwette beim Processe des ius gentium mit Peregrinen, wie auch beim Provinzialprocesse zu dienen, wie z. B. in ersterer Beziehung bei certi condictio aus mutui datio (Beil. XXI, § XXIV).

4. Die Formel Fide tua esse iubes? fide mea esse iubeo ist noch unbekannt ebenso der lex Apuleia v. 525—535 (A. 77), wie der lex Furia de sponsu v. 536[78]). Wohl aber ist dieselbe bekannt der lex Julia vicesimaria v. J. 6, wie auch erwähnt in der causa Heraclidis v. J. 690[79]) und endlich auch betroffen

---

und dieß überweist sie dem Q. Publilius Philo, der 427, 434 und 439 Consul, in den letzteren beiden Jahren aber durch den sammitischen Krieg in Anspruch genommen war. Demnach ist die lex Publilia wohl älter als die lex Calpurnia: § II unter 2.

77) Diese lex Apuleia datirt somit aus der Zeit nach 523 und, weil älter als die lex Furia de sponsu v. 536 (A. 78), vor 536.

78) Die lex Furia de sponsu ist jünger als die lex Apuleia (A. 77), datirt somit nach 524; im J. 536 aber war L. Furius Philus praet. urban.: Liv. XXII, 35, 5. 55, 1. 57, 8. XXIII, 21, 2, den wir als auctor legis anzuerkennen haben.

79) Gai. III, 125. — Cic. p. Flacc. 20, 46. Auch bei Cic. ad Att. XII, 17 (in Bezug auf das J. 689) ist sicher an fideiussio zu denken, s. A. 99.

von der lex Cornelia v. J. 673[80]. Ihre Entstehung fällt daher in die Zeit zwischen 537 und 672 und wurde erst veranlaßt durch das Bedürfniß, für die Real- und Consensualcontracte eine Bürgschaftsform zu gewinnen.

5. Die Formeln Promittis? promitto und Facies? faciam sind bei Gai. III, 92. 116. und die Formel Mihi erunt? tibi erunt bei Proc. 5 Epist. (D. L, 16, 125) erwähnt, während für die Zeit der Republik durchaus keine Andeutung sich vorfindet, so daß wir dieselben der frühesten Kaiserzeit zu überweisen haben. Und Gleiches gilt auch von der Formel der Adpromission Idem dabis? idem dabo[80a].

6. Endlich die Formel Fidei tuae erit? fidei mei erit ist dem Gai. noch unbekannt, wohl aber von Paul. sent. rec. II, 3 genannt. Ihre Entstehung fällt somit zwischen Marc. Aurel und Caracalla und schließt die Reihe der Stipulationsformeln ab.

Während endlich die Formel unter 1 die Benennungen sponsus, sponsum, sponsio (§ VI), und die Formeln unter 2 und 4 resp. fidepromissio und fideiussio führten, so fehlte für die Formeln unter 3 wie unter 4 und 5 jede Specialbenennung, so daß für sie nur die Collectivbezeichnung stipulatus, stipulatio (§ VI) verblieb, welche dadurch zugleich einen technischen Character erhalten hatte, daß die a. sponsae pecuniae v. 525 fg. zur a. ex stipulatu verallgemeinert ward, indem dieselbe zuerst auf die fidepromissio übertragen, wie späterhin auf alle Stipulationen mit doli clausula angewendet wurde (§ II unter 4).

---

80) Die lex Cornelia über sponsores, fidepromissor. und fideiuss. bei Gai. III, 124. 125 und über Spielwetten bei Marc. 4 Reg. (D. XI, 6, 3) sind Abschnitte der lex Cornelia sumptuaria v. 673 vgl. Westrik, l. c. p. 37. 49 fg.

80a) Das Instrum. fiduc. in C. J. L. II. n. 5042 lin. 8 fg. kennt als Formen der adpromissio nur das spondere, fidepromittere und fideiubere: quid pro eo promisit, promiserit, spopondit, [spoponderit] fideve quid sua esse iussit, iusserit, wo promittere als Breviloquenz für fide promittere zu nehmen ist.

## C. Der historische Entwickelungsgang des Instituts.

### § VI.

Die Worte spondere und stipulari Varr. LL. VI, 7, 69—72.

Die Ergebnisse von § II fg. gewinnen eine Ergänzung, wie Bestätigung durch sprachgeschichtliche Momente hinsichtlich der Worte spondere und stipulari. Indem wir nun diese Momente zunächst

I hinsichtlich des Wortes spondere in Erörterung ziehen, so leiten wir dieselbe ein mit der so wichtigen Stelle bei Varr. LL. VI, 7, 69—72, deren Litteratur in Thl. II A. 246 angegeben ist und welche wir in der Lesung des cod. Florent. mittheilen, unsere Bemerkungen in Form von Noten beifügend:

(§ 69) spondere est dicere; spondeo a sponte, nam id valet, et[81]) a voluntate. — —Ab eadem sponte, a qua dictum spondere, declinatum spondit et respondet et desponsor et sponsa, item et alia. Spondet enim, qui dicit a sua sponte: „Spondeo"; spondit est sponsor[82]), qui, [i]dem faciat, obligatur (§ 70) sponsus[83]). Consponsus: hoc Nevius significat,

81) Spengel, Krit. d. Varron. Bücher in Abh. d. bayer. Akad. I Cl. 1854 VII. Abth. II. S. 456 tilgt das et. Näher liegt, zu lesen i(d) e(st), wie in § 71.

82) Varro besagt unzweifelhaft: spondet sagt man von dem, welcher promittirt „Spondeo", somit vom promissor bei der principalen Obligation; dagegen spondit sagt man von dem, welcher sich verpflichtet auf idem facere, d. i. welcher promittirt „Idem spondeo", somit vom adpromissor bei der accessorischen Obligation oder vom Bürgen. Die Ausdrucksweise nun: spondit est sponsor scheint mir, selbst bei der übertriebenen Breviloquenz Varro's, grammatikalisch nicht haltbar zu sein, so daß zu lesen ist: spondit est sponsoris oder spondit autem sponsor. Spengel a. O. 459 liest: qui spopondit, est sponsor; allein gewaltsam ist theils die Einschiebung von qui, theils die Veränderung von spondit in spopondit, da die erstere Form ja schon kurz vorher gegeben ist: declinatum spondit et respondet.

83) Der Flor. bietet quidem faciat; daraus ergiebt sich ohne Weiteres das Obige qui idem faciat. Obligari sponsus ist parallell dem furti se obligabit bei Qu. Muc. Scaev. 16 de Jur. Civ. (Gell. VI, 15, 2). Spengel liest: qui item ut faciat, obligatur sponsu, consponsus; allein diese Lesung entfernt sich ohne Noth von der Handschrift, verkennt sodann

cum ait „consponsi“ [84]). Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa; appellabatur et pecunia et quae desponsa erat, sponsa: quae pecunia inter se contra sponsum rogata erat, dicta sponsio [85]). Cui desponsa quo [86]) erat, sponsus. Quo die sponsum erat, sponsalis. (§ 71). Quo spoponderat filiam, dispondisse [87]) dicebatur, quod de sponte eius id est de voluntate exierat; non enim, si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus; nam ut in comoediis vides dici: „Sponde' tuam agnatam [88]) filio uxorem meo?“ quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur [89]). Sic despondisse animum quoque dicitur, ut despondisse filiam, quod suae spontis statuerat finem. (§ 72) A qua sponte, dicere quom spondere, [respondere] quoque dixerunt [90]), cum a sponte responderent id est ad voluntatem rogationis; itaque qui ad id quod rogatur non dicit, non respondet, ut non spondet ille, statim qui dicit „Spondeo“, si iocandi causa dixit, neque agi potest cum eo ex sponsu; itaque qui dixit in tragoedia: „Meministin' te despondere mihi agnatam [91]) tuam“, quod sine sponte sua dixit, cum eo non potest agi ex sponsu [92]).

---

die Zusammengehörigkeit der definienda und definientia, und setzt so etwas Unrichtiges: denn der Bürge heißt nicht consponsus.

84) Die Erklärung von consponsus als Mitbürgschaft wird somit als überflüssig ausgelassen und durch ein Citat ersetzt.

85) Zu lesen ist sponsa, wie im Paris. II, da sponsio sicher sinnlos ist; denn einestheils wollte Varro den Ausdruck sponsa pecunia, nicht aber sponsio erklären, und anderntheils konnte Varro unmöglich sagen, die sponsio ist pecunia, welche von dem Verlobten promittirt wird.

86) Quo ist mir unverständlich: zu lesen ist wohl qua im Sinne von quae.

87) Bereits Spengel S. 459 emendirt qui und despondisse.

88) Allgemein recipirt ist die Emendation sponden' und gnatam, so z. B. Ribbeck, Com. lat. p. 99.

89) Ueber den Sinn dieser Passage s. Thl. II A. 246.

90) Sicher waltet hier eine Störung der Lesung ob; ich lese wie oben; dagegen Spengel S. 461: a qua sponte dicere respondere quoque dixerunt.

91) Ribbek, Trag. lat. p. 225 emendirt gnatam.

92) Ueber diese Passage vgl. Thl. III § 20. Der Schluß correspondirt dem Eingange: dort steht an der Spitze: spondeo leitet sich ab von spons;

In dieser Stelle ist aber in sachlicher Beziehung von größtem Interesse die Bekundung von sponsa pecunia als eines technischen Ausdruckes und dessen Definition als pecunia quae inter se (d. h. inter desponsorem et sponsum) contra sponsum rogata est, worin durch contra aliquem rogatum esse die Stellung als promissor bei der Stipulation bezeichnet wird[93]. Da nun bei der sponsa pecunia der Bräutigam der promissor ist, so steht allerdings dieselbe im Gegensatze zur dos promissa, wo der Brautvater oder sonstige desponsor der promissor ist; allein das Object ist beidemal das nämliche: die res uxoria oder dos, so daß der terminologische Unterschied nur auf der Verschiedenheit der Stellung der Interessenten je als reus promittendi und stipulandi beruht: dos promissa ist die res uxoria, insofern deren Numeration vom desponsor promittirt war, pecunia sponsa ist die res uxoria, insofern deren Restitution vom sponsus promittirt war. Sonach ist die sponsa pecunia identisch mit dem Objecte der cautio rei uxoriae. Die zu restituirende dos kommt nun aber in zwiefacher Beziehung als Rechtsobject in der Weise in Frage, daß damit ein technischer Sprachgebrauch sich verknüpft: theils als Object des die Restitution vereinbarenden Rechtsgeschäftes, theils als Object der die Restitution verfolgenden Klage. Und da nun in der ersteren Beziehung solches Rechtsobject sicher nicht pecunia sponsa, als vielmehr res uxoria hieß, indem hier die Benennung cautio rei uxoriae die technische ist, so haben wir nun anzunehmen, daß in der zweiten Beziehung jenes Rechtsobject technisch pecunia sponsa hieß, d. h. daß die Klage aus der cautio rei uxoriae den Namen a. sponsae pecuniae führte, und zwar veranlaßt dadurch, daß der Name a. rei uxoriae für sie nicht mehr frei, weil bereits einer anderen Klage zu Theil geworden war. Diese a. sponsae pecuniae verallgemeinerte sich

---

hier schließt Varro: wer spondeo sagt ohne wirkliche spons, der non spondet oder haftet nicht ex sponsu.

93) So auch Varr. LL. VII, 6, 107, wo derselbe das von Naevius im Rom. gebrauchte sponsus erklärt durch contra sponsum rogatus d. h. rogatio, ad quam sponsus (der Verlobte) promittirt, so daß unter dem sponsus des Naev. die cautio rei uxoriae zu verstehen ist.

aber späterhin dem Wesen, wie dem Namen nach zur a. ex stipulatu (§ II unter 4), so daß hierdurch nun auch sich erklärt, daß frühzeitig bereits jener technische Ausdruck sponsa pecunia wieder verloren ging.

Was nun das Sprachliche betrifft, so ist die Grundbedeutung von spondere, wenigstens innerhalb des lateinischen Sprachgebietes,[94] den Willen erklären und zwar mit der Nebenbedeutung des Bindenden, Verpflichtenden und Ernsten, somit: in bindender Weise den Willen erklären. Dieß wird bewiesen

a. durch die Zeugnisse von Varr. cit. § 69: spondere est dicere und § 72: dicere quom spondere (sc. dictum sit), wie von Fest. p. 343: spondere antea ponebatur pro dicere, unde et respondere adh[uc manet; sed postea] usurpari coeptum est [de promissu ex interrogatio]ne alterius, wozu vgl. Pap. Vocab. s. v. sponsus: proprie spondere velle est; Salemon. (zweites) Glossar.: spondere proprie velle est;

b. durch die erhaltene Bedeutung von respondere als antworten d. h. erwiderungsweise den Willen erklären, worauf auch Varr. cit. § 72 und Fest. cit. hinweisen;

c. dadurch, daß für sponsa (die Verlobte) Wechselbezeichnung ist dicta: Non. Marc. p. 297, so z. B. Virg. Aen. II, 678;

d. durch den Gebrauch von spondere neben velle in der alten Auguralformel bei Fest. p. 351: „Bene sponsis beneque volueris" in precatione augurali Messalla augur ait significare: spoponderis, volueris, wozu vgl. Marquardt, r. Alt. IV A. 2383.; ingleichen durch den Sprachgebrauch bei Cic. de Leg. II, 16, 41: voti sponsio, qua obligamur deo.

Von hier aus entwickelten sich dann die specielleren Bedeutungen und zwar zunächst von: in Form von spondesne? spondeo den Willen erklären, wie weiterhin die noch engeren

---

94) Wegen des Indo-europäischen s. Corssen, krit. Nachtr. 112 fg. und die das. Citirten. Für das Stammverwandte σπόνδαι, σπένδειν stellt C. F. W. Müller, de ritib. et ceremon., quibus Graeci commercia publica, foedera belli pacisque sanxerunt, Regimont. 1854 p. 259 folgende Bedeutungen fest: a. libatio; b. der gesammte Ritus bei Abschließung von Staatsverträgen; c. der Staatsvertrag. Das Centrum bildet offenbar c und dieses leitet auf die gleiche Grundbedeutung zurück, wie im Lateinischen.

Bedeutungen, wobei alle diese Begriffe vertreten werden theils durch die Hauptwörter sponsus, sponsum und sponsio, theils durch die Zeitwörter spondēre und spondĕre, theils durch die Composita adspondere, conspondere, despondere und respondere.

Und zwar haben die Hauptwörter folgende Bedeutungen:

1. sponsus bezeichnet

a. die Stipulation im Allgemeinen in Form von spondere und zwar bald solche Stipulation als einheitliches Ganze, bald auch nur die verpflichtende Seite der Stipulation oder die promissio, woraus der doppelte Begriff sich ergiebt von Stipulation in Form von spondere (so Paul. cit.) und von stipulationsweiser promissio in Form von spondere (so Ulp. cit.): Naev. Rom. (s. A. 93), Varr. cit. § 71: sponsu alligatus, § 72: agi cum eo potest ex sponsu; cum eo non potest agi ex sponsu; Serv. Sulp. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: ex sponsu agebat; Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. § 2). promissum — potest referri et ad nudam promissionem — vel ad sponsum; Paul. 2 ad Ed. (D. L, 16, 7): sponsio appellatur non solum quae per sponsus interrogationem fit;

b. die Bürgschaft insbesondere in Form von spondere[95]: Varr. cit. § 69: obligatur sponsus (A. 83); Cic. ad Att. XII, 19, 2. in Clod. 3, 4.: ad sponsum advocasse; Gai. IV, 22: lex Furia de sponsu. Auch hier lassen sich jene beiden Begriffe scheiden wie bei a: Bürgschaft als einheitlicher Act und bürgschaftliche promissio.

2. sponsum bezeichnet

a. das Verlöbniß: Titinius bei Non. 305, 2. (p. 117 Ribb.): videram ego te virginem | formosam, sponso esse superbam, forma ferocem;

b. die Wette: Cic. p. Quinct. 9, 32: actio ex sponso.

3. sponsio bezeichnet

a. die Stipulation im Allgemeinen und zwar anfänglich nur in Form von spondeo: Serv. Sulp. de Dot. bei Gell. IV,

95) Dagegen ist sponsum Supinum bei Hor. Ep. II, 2, 67: hic sponsum vocat; Sen. de Ben IV, 39, 3: sponsum descendam; Phaedr. I, 18, 1: advocat sponsum.

4, 2: contractus stipulationum sponsionumque; Gai. III, 179: sponsionis (Cod.: sponsio) communio; und so auch von Staatsverträgen in solcher Form: Liv. IX, 5, 2. 8, 4. 9. 9, 4—7. 13. 15. 19. 41, 20.; später aber in jeder beliebigen Form: Paul. 2 ad Ed. (D. L, 16, 7): sponsio appellatur — — omnis stipulatio promissioque; Isid. Orig. IV, 24, 30: promissio vel sponsio; und von Staatsverträgen: Sall. Jug. 79, 4., sowie bildlich Pap. 1 Def. (D. I, 3, 1.). Im besonderen scheiden sich auch die beiden Begriffe wie unter 1a: Stipulation im Ganzen, so Gai. cit., und stipulatorische promissio, so Serv. Sulp. cit., wo stipulationes sponsionesque durchaus parallel der Ausdrucksweise bei A. 98 ist: stipulatus est Aul. Ager. spopondit Num. Negid. in der Weise, daß stipulatio die active oder berechtigende, sponsio aber die passive oder verpflichtende Seite der Stipulation bezeichnet;

b. die Bürgschaft insbesondere in Form von spondere: Glossem zu Plaut. Trin. II, 4, 26.: pro sponsione nuper quam tu exactus es; Schol. Ambros. III, 4. in Cic. p. Clod. p. 333: multos — periculo sponsionis adstringeret;

c. die Wette, so z. B. Gai. IV, 94.: sponsio poenalis, praeiudicialis.

Sodann hinsichtlich des Zeitwortes spondēre ist davon auszugehen, daß die älteste Sprache daneben noch ein zweites Verbum spondĕre kannte, wie dieß Varr. cit. § 69 bekundet durch Ueberlieferung der Präsens-Form (spondo,) spondit (s. A. 82)[96]) woraus nun auch sprachgeschichtlich die Mischung der Formen in den modi und tempora sich erklärt, indem spondeo und spondēre dem einen Verbum, dagegen sponsi oder spepondi[97]) oder spopondi und sponsum dem andern Verbum entlehnt sind. Und zwar bekundet Varr. als Bedeutung von spondēre: dicere a sua sponte „Spondeo", somit in Form von spondere bei einer principalen Stipulation promittiren, dagegen als Bedeutung

96) Parallell ist cieo, cĭtum, ciēre neben cio, cītum, cire: Prisc. J. Gr. VIII, 95. IX, 40. X, 50. 55. Dagegen waltet nur eine äußere Aehnlichkeit ob bei possido, possidĕre und possideo, possidēre.

97) Sponsi (analog facsi u. A.) in der Auguralformel bei Fest. 351; spepondi bei Val. Ant. u. A. in Gell. VI, 9, 12. 15. und in der donat. Flav. Artemid. bei Orelli no. 4358.

von spondēre: idem faciat obligari sponsus, somit bei einer adpromissio sich verpflichten oder, mit Einem Worte, sich verbürgen (s. A. 82). Indem nun aber bereits während der Republik das Verbum spondĕre in spondēre aufging, so vertritt nun Letzteres folgende Begriffe:

a. promittiren in Form von spondeo, so Gai. III, 119. in Verbindung mit § 93. 179., und so nun auch spondeo selbst im Munde des promissor, wie des desponsor;

b. promittiren in jedweder Stipulationsform, so vor Allem in der typischen Ausdrucksweise rogavit oder stipulatus est Maevius oder roganti oder stipulanti Maevio spopondit Titius[98];

c. insbesondere wettweise promittiren, so P. Afric. de Multa bei Gell. VI, 11, 9: ni hoc ita est, qui spondet M nummum?

d. bürgschaftsweise promittiren oder sich verbürgen, so z. B. Plaut. Poen. I, 2, 121. Trin. II, 4, 26. und A. 95[99].

Endlich die Composita betreffend, so ist

1. adsponsio nur bezeugt durch Gloss. Mai. VIII, 59[b]: adsponsio, testificatio. Nach den Gesetzen der Wortbildung haben wir adsponsio für synonym mit adpromissio zu fassen und darin somit die älteste exacte Bezeichnung der Bürgschaft anzuerkennen.

2. Consponsus oder consponsor bezeichnet denjenigen, der durch eine mit der eines Anderen formal, wie real übereinstimmende Stipulation gegenüber dem nämlichen Stipulator sich verpflichtet, und conspondere das entsprechende Stipuliren: Cod. St. Germ. bei Hildebrand, Gloss. Lat. p. 73. not. 347:

---

98) Brisson. de Form. VI, 159 u. a. m. vgl. auch Fest. s. v. 343, Cic. p. Rosc. Com. 5, 13. Justinian. im Cod. VIII, 41, 26: si quis pro alio spoponderit — — fideiussor; Inst. III, 26, 8. Von hier aus entwickelte sich in der byzantinischen Zeit die völlig verallgemeinerte Bedeutung von Versprechen schlechthin, so Victorin. in Cic. de Inv. I, 7. p. 177 H., Theod. Arc. et Hon. im C. Th. II, 29, 2, wozu vgl. Schilling, Inst. § 323. z.

99) Hierher gehört auch Cic. ad Att. XII, 17: pro Cornificio me abhinc amplius annis XXV spopondisse dicit Flavius, wo nach Gai. III, 121 sicher an fideiussio zu denken ist.

comsponsum: compromissum. Conspospondit: pariter spopondit. Consponsum: compromissum vel pollicitum; Gloss. Mai. VII, 557. und Papias Vocab.: consponsum: conpromissum und resp. compromissum; Glossar. Salemonis: consponsum: conpromissum, pollicitum. Im Besonderen aber fällt hierunter

a. die Eingehung einer derartigen principalen Stipulation Seitens Mehrerer, wie dieß z. B. neben coniurare und convovere und neben fidem inter se dare als dritter Modus der Begründung einer Sodalität angegeben wird im S. C. de Bacchanal. v. 568 (C. J. L. I no. 196 lin. 13 fg.): neve conspondise neve conpromesise velet. Und auf solche Mitstipulation bei der Sodalität verwendet man nun die Ausdrücke consponsus (consposus) oder consponsor, die jedoch durch mißverständliche Beziehung auf jene andere Form der Eingehung der Sodalität: auf das fidem inter se dare erklärt werden von Paul. Diac. p. 41: consposos antiqui dicebant fide mutua colligatos; und wiederum durch mißverständliche Beziehung auf das coniurare et convovere von Paul. Diac. p. 59: consponsor: coniurator; und Beides nun auch im Glossar. Salemonis (zweites Glossar), obwohl consposes statt consposos; Gloss. Mai. VIII, 835: consponsus i. coniuratus, quod etiam consponsor dicitur; 152ᵇ: consponsus: coniurator; 156ᵇ: consponsus: coniuratus, confoedustus, confoederatus[100]);

b. die Mitbürgschaft oder die Eingehung einer derartigen Adpromission Seitens Mehrerer: Varr. cit. § 70 und Naev. das. (A. 84), Cic. ad Att. XII, 17. ad Fam. VI, 18, 3. Gloss. Isid. in Bonav. Vulcan. Thesaur. p. 676. no. 12: consponsores: alterutri (i. e. uterque) fidem dicentes, wie auch Gloss. Hildebr. p. 73. no. 347 zu lesen ist[101]).

3. Despondere ist nach Varr. § 71. cit. das Stipuliren, insofern dadurch ein Mädchen als Braut promittirt wird, wird

100) Vgl. Apul. Met. V, 14: iugum sororium consponsae factionis; Auson. Ep. X, 11: foedus consponsum.

101) Hildebrand scheint alterutri für den Dativ zu nehmen und kommt dadurch gänzlich vom Richtigen ab. Glossar. Salemon. hat: consposores alterutrum fideles.

aber später auch vom Bräutigam oder dessen Gewalthaber gesagt, wie daneben auch bildlich verwendet, worüber vgl. Forcellini s. v.

4. Respondere bezeichnet die einer Vorstipulation entsprechende promissorische Gegenstipulation, und ist somit parallel dem restipulari, insofern Letzteres die Gegenstipulation in ihrer activen, Ersteres dieselbe in ihrer passiven Seite bezeichnet; und in diesem Sinne bietet das Wort Plaut. Capt. IV, 2, 119. Cist. bei Prisc. J. Gr. VIII, 21. Dagegen Varr. cit. § 72. bekundet für respondere die Bedeutung des stipulationsweisen promittere und in diesem Sinne findet es sich bei Pap. 1 Resp. (D. L, 1, 17. § 15), Ulp. 48 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. § 1—4. 6.) u. a. m., sowie responsus bei Gai. 2 Aur. (D. XLIV, 7, 1. § 7). Von hier leitet sich dann die vulgäre Bedeutung von antworten, entgegnen ab.

II. Für das Wort stipulari ergiebt sich als Grundbedeutung: unter einander etwas fest machen[102]); und auf Rechtsgeschäfte bezogen, ergiebt dieß die Bedeutung von: ein Geschäft festmachen d. h. eine Willensbestimmung bindend machen, wie diese allgemeinere Bedeutung in der That auch sich vorfindet im Umbrischen: tab. Iguv. I$^b$: lin. 13: steplatu, VI$^b$ lin. 48. 51: stiplatu, VI$^a$ lin. 2: stiplo, lin. 4: antistiplatu[103]). Von hier

102) Curtius, gr. Etym. 202 mit Wurzel στεφ; Meyer, vergl. Gramm. I, 368 Wurzel stip.

103) Vgl. Aufrecht und Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. II, 38 fg. 43. 51. 240. Die sachliche Beziehung ist folgende: der Magistrat, welcher die Lustration der civitas Iguvium leitet, der arsfertur (vgl. Aufrecht und Kirchhoff a. O. 37 fg. 251. 303 fg.) wird von dem Augur aufgefordert, die „stipulatio" vorzunehmen. Dieser Aufforderung gemäß vollzieht der arsfertur die stipulatio, indem er dem Augur die Gränze vorschreibt, innerhalb deren derselbe den Vogelflug zu beobachten hat, die Vögel nach Art und Zahl bezeichnet, deren Beobachtung das Omen ergeben soll, endlich die Umstände und Eventualitäten angiebt, unter denen das Omen gewonnen wird. Demnach entspricht solche stipulatio genau der legum dictio der Römer, wie solche Serv. in Aen. III, 89 definirt, die näheren Angaben aber sich vorfinden bei Serv. cit. VI, 191. Plin. H. N. XXVIII, 4. Liv. I, 18. Und solche Uebereinstimmung wird noch besonders bestätigt dadurch, daß jene stipulatio des arsfertur in tab. VI$^a$ lin. 8 umschrieben wird durch die Worte: verfale — arsfertur trebeit (carmen arsfertur recitavit) vgl. Aufrecht und Kirchhoff a. O. II, 63—67.

aus specialisirte sich sodann im Lateinischen das Wort zu der technischen Bedeutung von

a. stipulationsweise sich promittiren lassen[104]), so in den Klagformeln der incerti condict. bei Gai. IV, 136. 137. (§ I. unter 3); in den Geschäftsformeln: stipulatus est Maevius oder stipulanti Maevio spopondit Titius (A. 98); Plaut. Cist. bei Prisc. J. Gr. VIII, 21: me respondere postulas: iniurium est | stipulari semper me ultro oportet a viris, | eum quaestum facio nil viris promittere; Curc. IV, 1, 12. Varr. LL. V, 36, 182: qui pecuniam alligat, stipulari (sc. dicitur); RR. II, 1, 15. 2, 5. 3, 5. 5, 11. Cic. de Leg. II, 21, 53. p. Rosc. Com. 4, 13. 5, 13. 14. Serv. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: ab eo stipulabatur daturum; qui stipulabatur, ex sponsu agebat; bei Gai. III, 179. Javol. 3 ex Plaut. (D. XLV, 2, 2), Proc. 2 Epist. (D. XLV, 1, 113. pr.), Jul. 52. 54 Dig. (D. XLV, 1, 56. pr. § 2 fg. XLVI, 4, 17), Gai. II, 38. 87. 252. III, 105. 112—114. 117. 124. 137. 166. 167. 176. 177. IV, 53. 116. Ulp. fr. VI, 5. XIX, 18. 48 u. 50 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. pr. § 4. fr. 48), Paul. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 2. § 1. 3. 4. 6. fr. 4. pr. § 2.), Modest. 2 Reg. (D. XLV, 2, 1); Gloss. Mai. VIII, 548. 563[b]: stipulor, stipulari: rogare;

b. eine Stipulation eingehen, stipuliren, eine Bedeutung, die jedoch erst der Zeit der verfallenden Kunstsprache angehört, so Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 6, 26. § 13.): si X — stipulatus, solvam V; 43 ad Sab. (D. XLVI, 3, 5. § 2): solverit, quas — non erat stipulatus; Paul. 28 ad Ed. (D. XIII, 4, 7. § 1.): si — traditurum se quis stipulatus sit; vgl. A. 111[105]);

---

104) Daher stipulari ab aliquo, wofür zahlreiche Beispiele sich bieten. Stipulari als Passivum wird von Prisc. bekundet, aber durch lauter falsche Beispiele belegt: s. A. 111; ebenso Pap. Vocab. s. v. stipulor: invenitur etiam in passiva significatione — — ut: stipulor abs te pro interrogor, wo letzterer Zusatz ebenfalls einen schiefen Gedanken enthält. Dagegen bekundet eine ächt passive Verwendung Cic. p. Rosc. Com. 5, 14: pecunia stipulata sit. Stipulo hat das Gloss. Cyrill. 465, 45; restipulo: Gloss. Cyr. 379, 2. Gloss. Philox. 186, 44 (ed. Bonav. Vulcan.).

105) Brisson. de V. S. und Dircksen, Manuale entnehmen hieraus die Bedeutung von promittere; vgl. A. 108.

Sodann in stipulatus[106]) und stipulatio kehren beide Bedeutungen wieder, und zwar

a. die active Seite der Stipulation[107]), so in der technischen Benennung a. ex stipulatu, wo analog wie bei a. ex emto, ex vendito, locati u. dergl. der Stellung, die der Kläger beim Contracte einnimmt, die Bezeichnung der Klage entnommen ist; Varr. RR. II, 1, 15. 9, 7. 10, 5. (stipulatio), Cic. de Leg. II, 21, 53. p. Rosc. Com. 12, 36. (stipulatio), Serv. de Dot. bei Gell. IV, 4, 2: contractus stipulationum sponsionumque; Jul. 52 Dig. (D. XLV, 1, 56. § 7)., Gai. III, 170. 176. IV, 31. 55. 116. Ulp. 48. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 1. pr. § 1. fr. 38. pr.), Paul. 2. 12 ad Sab. (D. XLV, 1, 8. 2. § 1. fr. 4. § 1.), 2 ad Sab. (D. L, 16, 7): sponsio appellatur — omnis stipulatio promissioque; Sent. rec. II, 3, 1.: stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet;

b. Die Stipulation im Ganzen, ebenfalls eine Bedeutung späterer Zeit, so bei Pomp. 26 ad Sab. (D. XLV, 1, 5. § 1.): stipulatio est verborum conceptio, quibus is, qui interrogatur, daturum facturumve se, quod interrogatus est, responderit; Ulp. 43 ad Sab. (D. XLVI, 3, 5. § 2): quaedam ex stipulatione, quaedam ex pacto debebantur[108]);

c. durch eine an sich wohl nur breviloquente Ausdrucks-

---

106) Wegen stipulatus s. Brisson. u. Forcellini s. v., Schilling, Inst. § 278 c.

107) So auch stipulator in der lex Aquilia s. A. 37.

108) Bei Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVII, 9, 5. § 6): si pater stipulanti fundum spoponderit successeritque pupillus in stipulatum oder ähnlich haben wir den obigen Begriff festzuhalten, wenn gleich die Stipulation vornämlich in ihrer passiven Seite maaßgebend in Betracht kommt; nicht aber haben wir, wie in A. 105, dem Worte eine eigene begriffliche Vertretung von promissio beizulegen. Lediglich in der Periode des Unterganges vom älteren technischen Sprachgebrauche geschah solcher Begriffswechsel, wie die Glossare bekunden, an ihrer Spitze Isid. Orig. IV, 20, 30: stipulatio est promissio vel sponsio und X, 258: stipulator: promissor; stipulari enim promittere est ex verbis iurisperitorum; und sodann Placid. Mai. III, 500. Papias Vocab., Gloss. Paris. Hildebr. p. 279. n. 457. Gloss. Ampl. Oehler (s. A. 110) p. 378 n. 323. Damit ist parallel: adstipulator: promissor bei Placid. Mai. III, 430. VI, 554.

weise ergiebt sich in den Wortverbindungen acquirere, quaerere stipulationem für a der Sinn von Forderungsrecht aus der Stipulation, so bei Jul. 35 Dig. (D. VII, 1, 25. § 1), Pomp. 3 ad Qu. Muc. (D. XLV, 3, 37), Gai. de V. O. (D. XLV, 3, 28. § 4,), Pap. 27 Quaest. (D. XLV, 3, 18. pr. § 3.), Ulp. 18 ad Sab. (D. VII, 1, 25. § 2.), 40 ad Sab. (D. XXVI, 8, 7. pr.), 40 ad Ed. (D. XXXVII, 7, 1. § 1.)[109]).

Endlich von den Composita entspricht

1. **adstipulari der älteren Bedeutung von stipulari: übereinstimmend mit der Stipulation eines Anderen eine Interrogation auf dasselbe an den nämlichen** promissor **richten, so daß das** adstipulari **im correspondirenden Gegensatze einerseits zu** adpromittere, **andrerseits zu** conspondere **steht, und synonym ist mit** adrogare[110]);

2. instipulari findet sich lediglich bei Plaut. Pseud. IV, 6, 6 fg.: quas (sc. minas) abs te est instipulatus und Rud. V, 3, 25 fg.: ni dolo malo instipulatus sis und hat beidemal die gleiche Bedeutung, wie stipulari unter a[111]);

---

109) Diese Breviloquenz steigert sich noch bei Jul 57 Dig. (D. XXI, 2, 39. pr.): utilem de evictione stipulationem dari, womit die utilis actio ex stipulatu de evictione gemeint ist.

110) Adrogare in diesem Sinne bei Plaut. Rud. V, 2, 45: Venus haec volo adroget te s. Thl. III. § 41. — Adstipulari, adstipulator: Gai. III, 110—114. 117. 126. 215 und so ist auch bei den früheren Autoren, wie Cic., Liv., Plin. zu schreiben. Die spätere Kaiserzeit dagegen sagte astipulari, so z. B. Macr. Sat. VII, 15, 23. 24. Die Form adstipul. bewahren noch Gloss. Philox. ed. Bon. Vulcan. 7, 31. Placid. Mai. III, 430. VI, 554. Gloss. Vat. Mai. VI, 504. Gloss. Ampl. Oehl. in Jahns Archiv 1847. XIII, 258. no. 19. 259. n. 115. 260. n. 190. 267 n. 110. Dagegen astipul. haben Gloss. Vat. Mai. VI, 509. Gloss. Mai. VIII, 548. Pap. Vocab. Im Uebrigen vgl. Forcellini s. v.

111) Prisc. J. Gr. VIII, 21. XVIII, 149 bemerkt, daß stipulari auch in passiver Bedeutung gebraucht werde und belegt dieß durch folgende Citate: a. Plaut. Rud. cit.: dieß aber ist ein entschiedener Irrthum, indem der Sinn ist: wenn du nicht doloser Weise dir hast promittiren lassen; b. Liv. XXXIX, 5, 3 (obgleich diese Stelle auch zu dem nachfolgenden active dixit gehören könnte); allein auch dieß ist ein Irrthum: nec (sc. debere) alieni momentis animi circumagi adstipularique irato consuli tribunum plebei besagt: ein Volkstribun soll nicht durch die Impulse eines fremden Willens hier- und dorthin sich treiben lassen und nicht einem

3. restipulari endlich correspondirt dem respondere im alttechnischen Sinne: durch eine Gegenstipulation sich promittiren lassen, so Varr. LL. V, 36, 182. Cic. p. Rosc. Com. 12, 36. 13, 37. 38. Alfen. 2 Dig. (D. XXXIX, 2, 43. § 2.), Gai. IV, 13. 165—168. 180 fg. Val. Max. II, 8, 2, Apul. de Mag. 102.

## § VII.

### Historisches Gesammtergebniß.

Unternehmen wir es, die in § I. fg. festgestellten verschiedenen Momente unter sich, wie mit den Ergebnissen von Thl. II § 33 zu einem historischen Gesammtüberblicke zu vereinigen, so ergiebt sich hieraus das folgende Gesammtbild von der Geschichte der römischen Stipulation[112]:

---

erzürnten Consul gleich als Partner beipflichten; c. Suet. IV Prät.: [P]laetoria, quae vetat minorem annis XXV stipulari und: minor XXV annorum stipulari non potest: allein auch hier ist eine passive Bedeutung unstatthaft, vielmehr anzunehmen, daß Suet. stipulari in dem Sinne unter b gebrauchte und dießfalls nicht exact sich ausdrückt, da die lex Plaetoria nur das promittere, nicht aber das stipulari im technischen Sinne unter a Seitens des minor einschränkte.

112) In unserer Wissenschaft treten folgende bezügliche Ansichten zu Tage: A. die Stipulation nimmt als sponsio ihren Ausgang von einem eidlich bestärkten Versprechen: Huschke, Serv. Tull. 603. Nexum 99 fg. 146 fg. Ihering, Geist d. r. R. I, 264 fg., Danz, sacraler Schutz 102 fg., 127 fg. 147 A. 13. 240 fg., Kuntze, Instit. II, 474 fg., wogegen s. Girtanner, Stipulation 14 fg. B. die Stipulation ist das nach dem Untergange des Nexum zurückgebliebene und selbstständig gewordene nuncupative Element desselben: Mühlenbruch, de vera orig., genuina vi ac indole stipul. Manhem. 1805, (zweifelnd: Hugo, R. G. 11. Aufl. 283), Christiansen, Wissensch. d. r. Rts. Gesch. 373 fg. Savigny, Verm. Schr. II, 410 fg. Syst. V, 538. 639. s. Gneist, Form. Vertr. 136 fg.; diese Ansicht hat keinen einzigen Beweisgrund hinter sich, aber zahlreiche chronologische Widersprüche gegen sich, wie denn auch danach die noch zu Gaius' Zeit coexistirenden nexi liberatio und acceptilatio identisch sein müßten; vgl. auch Thl. III A. 239. C. Die Stipulation ist alte Geschäftsform und zwar: a. Contractsform des ius civ. Rom. uralten Daseins: Keller, Inst. § 116 oder wenigstens von hohem Alter: Liebe, Stipul. 9 fg. b. uralte Vertragsform des ius gentium und von hier aus später in das ius. civ. Rom. aufgenommen: Garszynski, de orig. stipul. Vratisl. 1821. c. uralte Geschäftsform des vorrömischen Rechts, welche von Anfang an als sponsio iuris

I. Von ältester Zeit her kannte das römische Volksleben den Gebrauch des Wortes spondere als Form, wie zugleich in der begrifflichen Bedeutung der bindenden und ernsthaften Willenserklärung; und indem diese Form zu der Figur einer initiativen Anfrage auf spondesne? und einer correspondirenden Antwort auf spondeo sich gestaltet, so besagt nun durch solchen sponsus der Befragte: „ich erkläre hiermit bindend", und characterisirt so nun seine betreffende Willenserklärung in der markirtesten Weise als den bindenden Ausdruck einer ernst gemeinten Willensbestimmung, damit dieselbe scharf abgränzend ebenso von allgemeinen und rein conventionellen Versicherungen oder Zusagen, wie auch von geschäftlichen Vorverhandlungen, die zu einem endgültigen Abschlusse noch nicht gelangt sind (§ IV. unter I).

Diese eigenthümliche Form, wie Art und Weise der Behandlung geschäftlicher Angelegenheiten: durch das gegebene Stichwort spondeo die betreffende Aeußerung als bindend zu markiren, ruht aber auf stamm-italischer Sitte[113]): denn wir begegnen derselben ebenso im italischen Völkerrechte als der minder solennen Form der Staatsverträge, wie auch in Latium, als der Form des Verlöbnisses[114]). Und so tritt dieselbe auch zu Rom bereits in ältester Zeit uns entgegen: ebenso als Form des Verlöbnisses, wie der Wette (§ V).

Allein während in Latium frühzeitig jene Sitte zur Contractsform angenommen und ausgebildet war und hier sonach mit Klage bewehrt ist (Thl. II, 234), so hat die römische Rechtsentwickelung in ältester Zeit diesen Weg nicht eingeschlagen: und wie das spondere kein lingua nuncupare ist, so kennen auch die XII Tafeln keine Klage aus dem sponsus (Thl. II,

---

civilis, als promissio iuris gentium war: Girtanner a. O. 93 fg. 140 fg. oder welche d. von Alters her Form für die Sponsalien war und von da aus nach und nach zur Contractsform sich verallgemeinerte: W. A. Macieiowski, Excurs. ad Virg. Aen. X, 74 sq. Inest. disquis. de origine stipul. Varsav. 1827.

113) Die Annahme einer gräco-italischen Sitte ist trotz der gräco-italischen Zubehörigkeit des Wortes spondere (A. 94) nicht zu erweisen: denn was Hudtwalker, Diäteten 47 A. 44 als Stipulation anführt, zeigt im Besonderen doch ganz wesentlich verschiedene Merkmale.

114) Thl. II A. 244. Gai. III, 94. — Thl. II, 234.

229). Diese Thatsache aber, daß die Stipulation weder ein ursanfängliches, noch auch ein den XII Tafeln angehörendes Rechtsgeschäft des römischen Rechtes ist, wird besonders bestätigt durch

Plin. H. N. XXXIII, 1, 28: celebratior quidem usus (sc. anulorum) cum faenore cepisse debet; argumento est consuetudo volgi ad sponsiones etiamnum anulo exsiliente, tracta ab eo tempore, quo non erat arra velocior, ut plane adfirmare possimus nummos ante apud nos, mox anulos coepisse, wozu vgl. Schilling, Inst. § 258. c. 263. t.,

indem diese Stelle folgende Daten ergiebt: das höhere Alter kommt zu der Einführung des gemünzten Geldes, welche den Decemvirn angehört; später folgt dann das Aufkommen der solenneren Verwendung der Fingerringe, dieselben als pignus zu hinterlegen; diese letztere Sitte aber ist wiederum gleichzeitig mit der Einführung des faenus, d. i. des in Stipulationsform abgeschlossenen Darlehnscontractes; und da nun das faenus von vorn herein überhaupt die häufigste und allgemeinste Verwendung der Stipulation als Rechtsgeschäft zu Rom bildet, so ist demnach das Auftreten d. h. die Einführung der Stipulation überhaupt als eines Rechtsgeschäftes in das römische Recht gleichaltrig mit jener solenneren Verwendung der Fingerringe und namentlich jünger als die XII Tafeln (vgl. auch A. 115). Wohl aber ward bald nach den XII Tafeln der sponsus, wenn auch in sehr beschränkter Beziehung zum Contracte erhoben.

II. Die lex Silia von 311—329 erklärte für klagbar die Stipulation auf dare certum aes oder, nach späterer Terminologie dare certam pecuniam, und führte zugleich für solche Klage: die a. certae creditae pecuniae eine neue Proceßform: die leg. a. per condictionem ein (§ II. unter 1).

Als Form solcher Stipulation kannte die lex Silia ausschließlich den sponsus: auf spondeo, wobei man durch spondere die passive Seite der Obligation insbesondere, durch stipulari, stipulatus aber deren active Seite bezeichnete (§ VI). Im Uebrigen konnte solche Stipulation verwendet werden zur Begründung ebenso der principalen wie der accessorischen Obligation und hier als adstipulatio, wie als adpromissio. In dieser letzteren Verwendung als adstipulatio, wie als adpro-

missio galt aber für die Sponsion eine Rechtsordnung, welche dem Rechte der XII Tafeln auf das directeste widerspricht und von der wir daher einen fremdländischen Ursprung annehmen müssen: indem die Sponsion aus latinischem Rechte in das römische recipirt ward, recipirte man zugleich und behielt bei die dort gültigen Rechtssätze, daß die Obligation aus der Sponsion weder passiv auf den Erben des adpromissor, noch activ auf den Erben des adstipulator übergehe, ein im alten römischen Rechte durchaus singulärer Rechtssatz, da die XII Tafeln ganz allgemein den Uebergang der Obligation auf die Erben voraussetzen [115]). Und solche Abweichung oder vielmehr solcher Widerspruch und Gegensatz des Stipulations-Rechtes zu dem Rechte der XII Tafeln tritt auch darin zu Tage, daß die Stipulation der Herrschaft des altrömischen Rechtssatzes sich entzieht, non recipere diem vel condicionem (Thl. II. A. 241), daß sodann die novatorische Stipulation dem altrömischen Princip der Correspondenz der Form bezüglich der novirten Obligation sich entzieht (Thl. III. A. 83), daß ferner das Stipulationsrecht zuerst die Correalobligation in das römische Recht hineintrug, welche den XII Tafeln noch unbekannt war, da mehrere vades, gleich den Miterben sicher nur nach Kopftheil hafteten, indem sonst das Institut der subvades d. i. Afterbürgen gar keinen Sinn gehabt hätte [115a]); und daß endlich mit dem Stipulationsrechte ganz neue, den XII Tafeln völlig fremde Rechtssätze über mora, casus und dolus, wie über die Eigenthumsübertragung durch Tradition in das römische Recht übertreten, welche erstere des Näheren im zweiten Buche von Thl. III darzulegen sind, während wegen des letzteren vgl. Beil. XXI § XVIII unter c.

Jenes Recht der lex Silia erfuhr sodann zu Beginn des 5. Jahrhunderts eine doppelte Veränderung: zunächst die dieser

---

115) Gai. III, 114. 120. — XII Taf. nach Gord. im C. Just. III, 36, 6, demgemäß also für das alte vadimonium (s. Thl. III A. 219) eine andere Rechtsordnung galt als für sponsio und fidepromissio.

115a) Mit anderen Worten: es giebt subvades, aber keine subsponsores, und es giebt consponsores, aber keine convades. Ebenso giebt es wiederum compraedes (Paul. Diac. s. v. p. 39), aber keine subpraedes.

Zeit angehörige lex Titia setzte gewisse Restrictionen bezüglich der Klagen aus den über Wetten abgeschlossenen Stipulationen, wie denn auch später die lex Cincia v. 550 gegen die Klage aus der Stipulation über ein Schenkungsversprechen an non exceptae personae eine Exception gab, so daß hiermit zum ersten Male die causa der Stipulation selbsteigen von der Legislation in Betracht gezogen und geregelt wird.

Und sodann die Interpretatio v. J. 419—424 ordnete dem stipulari das expensum ferre bei und machte so den Litteralcontract der a. certae creditae pecuniae theilhaft (Thl. II, 246).

III. Die lex Calpurnia v. 416—466 dehnte die Klagbarkeit der Stipulation aus auf den Fall des dare certum triticum, hierfür die condictio triticaria in einer modificirten Form der leg. a. per condictionem gebend (§ II unter 2). Allein diese Erweiterung des Stipulationsrechtes betraf nur dessen Rechtsobject, während in formaler Beziehung die Stipulation auf dare certum triticum durchaus an die Schranken des Rechtes der lex Silia gebunden war: an die überlieferte Form von spondesne? spondeo. Und andrerseits wurde die cond. triticaria nicht theilhaft der Erweiterung auf die Expensilation, indem solche durchaus nur auf certa pecunia beschränkt blieb.

Wohl aber vermittelte auch hier die Interpretatio in einem anderen Punkte eine verallgemeinerte Verwendung: dieselbe gab die cond. triticaria auch aus Stipulation auf dare einer anderen certa res als triticum. Ueber diese letztere Gränze hinaus ist aber die Interpretatio nie gegangen und es liegt nicht die leiseste Andeutung dafür vor, daß dieselbe jene Klage auch aus der Stipulation auf: filiam mihi uxorem dare d. h. aus dem Verlöbnisse gegeben habe [116].

116) Thl. II A. 246 vgl. auch Keller, Civ.-Pr. A. 1112. Die Klaglosigkeit des Verlöbnisses wird auch bekundet durch Plaut. Aul. II, 2, 81 fg. — Von C. R. Sontag, de sponsalibus Hal. 1860 werden dagegen folgende Sätze aufgestellt: a. das römische Verlöbniß vollzog sich in ältester Zeit in zwiefacher Stipulation, somit in gleicher Form, wie in Latium (s. Thl. III A. 242): S. 9 fg. 74; allein die Quellen bekunden durchaus übereinstimmend, daß in Rom nur die Braut, nicht auch der Bräutigam promittirt wurde; b. diese Stipulation erzeugte in ältester Zeit eine Verlöbnißklage: actio ex sponsu genannt, in die Form der leg. a. sacramento gekleidet

IV. Die lex Aquilia v. 467 gab zuerst aus cap. II die certi und triticaria cond., und vermehrt somit die bisherigen Klaggründe der Condiction: Stipulation und Expensilation, um einen neuen: das adstipulatorem pecuniam (oder rem) in fraudem stipulatoris acceptam fecisse (A. 21. 35).

Und sodann schuf dieselbe noch eine modificirte cond. triticaria auf incertum, auch incerti condictio genannt, welche Platz griff im Falle des cap. I und III bei damnum iniuria datum. Und hierin nun liegt nicht allein eine anderweite Vermehrung der die Condiction erzeugenden Thatbestände, sondern auch eine Vermehrung der Klagformeln selbst: denn bei dieser cond. triticaria auf incertum ward insbesondere die intentio der Klage der lex Calpurnia auf dare oportere modificirt und zu dare facere oportere umgestaltet, damit aber in Wahrheit eine ganz neue Klage geschaffen, wenn auch der Theorie nach diese Klage nur als eine allerdings modificirte cond. triticaria galt (§ II unter 3).

V. Die Interpretatio nach dem J. 523, welche nunmehr: nach Erlaß der lex Aebutia, wie nach Schaffung des ius gentium eine bei weitem größere Freiheit der Action gewann, vermittelte verschiedene, höchst wichtige Neuerungen und zwar nach einer doppelten Richtung, nämlich

A. in Hinsicht auf die a. ex stipulatu. Und zwar

---

und bei Ungehorsam gegen das Richterurtheil zu einer litis aestimatio führend, in späterer Zeit sodann in Form des Formularprocesses; und zwar soll alles dieß erwiesen werden durch Gell. IV, 4. Varr. LL. VI, 71 und Plut. Cat. min. 7: S. 14 fg. 74; allein Gell. und Varr. liefern diesen Beweis in der That nicht, worüber s. Thl. II A. 246; was für ein rechtliches Verfahren dagegen bei Plut. angedeutet ist, ist mir allerdings unklar, weil die Angabe Plutarchs zu allgemein, wie zu kurz gehalten ist; allein daß dieselbe nicht als Zeugniß für jenes thema probandum aufgefaßt werden darf, entnehme ich daraus, daß der betreffende Vorgang sicher nach 690 sich ereignete, wo Cato seine zweite Reise nach Asien vornahm (s. Drumann, Gesch. Roms V, 157) und daß, wenn zu dieser Zeit das römische Recht eine Verlöbnißklage gekannt hätte, dieselbe bei Gell. und Varr. ganz unbedingt hätte erwähnt werden müssen, da sie ja bis in das Zeitalter von Varro, wie Serv. Sulpicius sich in Geltung erhalten hätte; endlich c. jenes älteste römische Verlöbnißrecht sei bereits vor den punischen Kriegen untergangen: S. 27 fg. 75.

1. aus der cautio rei uxoriae, einer Stipulation mit einer doli clausula, gab die Interpretatio kurz nach 523 eine eigenartige und neue Klage: die a. sponsae pecuniae, später a. ex stipulatu genannt, welche durch eine Modification der incerti cond. der lex Aquilia gewonnen wird: durch den Zusatz ex fide bona, welcher zur intentio auf dare facere oportere hinzu tritt (§ II unter 4), und welche selbstverständlich von Anfang an dem Formularprocesse angehört; und

2. kurz nachher: zwischen 525 und 535 ward die gleiche Klage gegeben aus der fidepromissio: einer neu geschaffenen Stipulationsform des ius gentium, in welcher dem Worte fide der Werth einer doli clausula beigemessen ist, auf welche daher jene a. sponsae pecuniae als a. ex stipulatu übertragen wird (§ II unter 4. § V unter 2), und welche endlich der gleichen Verwendung theilhaft ist, wie die sponsio d. h. ebenso für die principale Obligation, wie für die adpromissio und adstipulatio zu dienen. Hierin allenthalben aber liegen fünf Momente, welche eine Weiterentwickelung des Stipulationsrechtes markiren: zunächst die erste Vermehrung der Stipulationsformeln: neben spondeo tritt fide mea promitto; sodann die Schaffung einer ganz eigenthümlichen, neuen und der Stipulation nicht ganz homogenen Clausel in der doli clausula; ferner, als Consequenz hiervon, die Anerkennung einer neuen Stipulations-Art: der incerta stipulatio, wobei allerdings dieselbe noch abhängig ist von der doli clausula, insofern diese Clausel stets die Stipulation zu incerta macht, andrerseits aber eine incerta stipulatio ohne jene Clausel juristisch noch nicht möglich ist; viertens dann die Schaffung einer ganz neuen Klage in der a. ex stipulatu; sowie endlich die partielle Ueberleitung des Stipulationsrechtes in das ius gentium in der Form von fide mea promitto, wogegen die alte Form auf spondeo iuris civilis verblieb. Jene intentio der a. ex stipulatu aber auf: dare facere oportere ex fide bona ward fernerhin in weiterer Entwickelung für die neugeschaffene a. emti venditi adoptirt (Beil. XXI § XV) und von hier aus endlich für alle bon. fid. actiones verallgemeinert.

B. Sodann in der Richtung der Condiction schlechthin schaffen die mores mit ihrem Organe, der Interpretatio:

1. einen neuen Klaggrund für die certi, wie triticaria cond. in der mutui datio, welche selbst wieder in der Mitte des 6. Jahrhunderts zum Contracte erhoben ward und dabei dem ius gentium angehört und somit zuerst solche condictio in das ius gentium überleitet (Beil. XXI § XXIV). Und hiermit sind nun die drei Klaggründe solcher Condiction gewonnen, wie für längere Zeit abgeschlossen, welche, in Geschäftsverhältnissen (contractus und quasi contractus) gegeben, noch dem Cicero allein bekannt sind: das stipulari, expensum ferre und adnumerare[117]), und welche erst von Cicero ab eine anderweite Vermehrung, zunächst in der cond. ob causam erfuhren;

2. eine neue Formel für die principale Stipulation des ius gentium: Dabisne? dabo, welcher von Vorn herein vor Allem der Beruf zukommt, bei der certi condictio des ius gentium dem agere per sponsionem (et restipulationem) aus mutui datio die erforderliche Stipulationsformel zu bieten, welche aber weiterhin auch für rein geschäftliche Stipulationen verwendet wurde, namentlich aber da verwendet werden mußte, wo man in der Sphäre des ius gentium eine Stipulation ohne doli clausula abschließen wollte (§ V unter 3);

3. eine neue Stipulationsart: die incerta stipulatio ohne doli clausula: auf incertum dabo oder dare spondeo, wie auf facere spondeo[118]); und auf diese ward nun die incerti cond. der lex Aquilia übertragen.

Und hierin allenthalben liegen wieder sechs für das Stipulations-, wie Condictionen-Recht wichtige Momente ausgeprägt: zuerst die anderweite Vermehrung der Stipulationsformeln durch dabo und dieß wiederum in der Sphäre des ius gentium; sodann daß dadurch im ius gentium die Möglichkeit geboten ward, ohne doli clausula eine Stipulation ab-

117) Cic. p. Q. Rosc. 4, 13. 5, 14. s. Voigt, Cond. ob caus. S. 185. Und so auch das span. Instrum. fiduc. in C. J. L. II n. 5042. lin. 7 fg.: quam pecuniam L. Baiano dedit, dederit, credidit, crediderit expensumve tulit, tulerit und dazu S. 30.

118) Solche Stipulation ist bereits enthalten in der älianischen, manilischen und anderen Formelsammlungen (Thl. III. S. 475. 482) bei Cat. und Varr. RR. in S. 48; ingleichen bei Tubero in Ulp. 20 ad Ed. (D. XLV, 1, 72. pr.), Sen. de Ben. IV, 39, 3.

zuschließen; ferner die Schaffung einer ganz neuen Stipulations-Art: der incerta stipulatio ohne doli clausula; viertens die Uebertragung der incerti cond. der lex Aquilia auf das Stipulationsrecht; nicht minder die Schaffung eines neuen Klaggrundes der certi, wie triticaria cond. in der mutui datio; wie endlich die Ueberleitung aller Condictionen: certi, wie triticaria sammt incerti in das ius gentium.

VI. Ein weiterer Zeitabschnitt wird sodann markirt durch die Schaffung einer neuen Formel für die principale Stipulation, wie für die adpromissio und adstipulatio in der fideiussio: im J. 537—672, welche ebenfalls dem ius gentium angehört (§ V unter 4) und bei welcher der für die sponsio und fidepromissio geltende Rechtssatz der Nichthaftung der Erben des adpromissor aufgegeben wird (Gai. III, 120), wogegen der Nichtübergang der Klage auf die Erben des adstipulator beibehalten wird (Gai. III, 114). Diese Stipulation aber entfernt sich nun darin völlig von der Consequenz des alten Rechtes, daß sie als adpromissio bei jeder Obligation zugelassen wird[119]).

VII. Endlich erst der Kaiserzeit gehören an die Stipulationsformeln auf promitto, faciam, tibi erunt und fidei mei erit, wie die Adpromissions-Formel: idem dabo (§ V unter 5. 6), wozu sich dann noch griechische Formeln gesellen, worüber vgl. Gai. III, 93. Ulp. 47 ad Sab. (D. XLVI, 1, 8. pr.), Carac. im C. Just. VIII, 41, 12.

---

# Beilage XX.

## Die intentio der arbitria der leg. a. per iudicis postulationem.

### § I.

#### Die Stellung des arbitrium in der ältesten Classification der Klagen.

Für die Processe im Allgemeinen bietet bereits das älteste römische Recht als die entsprechende Bezeichnung den Ausdruck

119) Gai. III, 119a. J. Just. III, 20. 1. u. a. m.

lis. Dieß bekunden die sehr alten technischen Ausdrucksweisen: litem addicere und dicere [1]), aestimare, contestari, dare secundum oder contra aliquem [2]), litis cadere [3]), wozu die Fetialformel kommt bei Liv. I, 32, 11: quarum rerum, litium, causarum condixit pater patratus; dann ferner die technischen Ausdrücke: iurare in litem, iudex litem suam facit, exceptio litis dividuae, dominium litis, lis moritur; sowie die Redewendungen: litem auferre in Plaut. Rud. prol. 20., wozu vgl. Pers. V, 2, 19; componere [4]) bei Gran. Flacc. Licinianus (Macr. Sat. I, 16, 30) und im C. J. L. I no. 199. lin. 3; contrahere bei Plaut. Capt. prol. 61. Cic. de Leg. III, 2, 6. wozu vgl. Plaut. Cas. III, 2, 31; facere: Ter. Eun. IV, 5, 8; iudicare: Plaut. Merc. II, 2, 10. Cic. de Leg. III, 2, 6; perdere: Paut. Cas. III, 3, 6; petere: Plaut. Rud. prol. 13; sequi oder sectari: Ter. Andr. IV, 5, 16. Ad. II, 2, 40. Phorm. II, 3, 61; sowie endlich das Zeugniß von Varr. L.L. VII, 5, 93: quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis [5]).

Allein neben dieser allgemeineren und, trotz ihrer technischen Verwendung, doch wohl an sich nur vulgären Bedeutung vertritt das Wort lis auch noch einen engeren und ächt technischen Begriff, in dem sehr alten Gegensatze nämlich zu iurgium, wie solcher sich findet in der solennen Formel der indictio feriarum nach Cic. de Div. I, 45, 102: litibus et iurgiis se abstinerent, wozu vgl. Ov. Fast. I, 73 fg. (lite vacent aures insanaque protinus absint | iurgia) und Mart. X, 87, 4 [6]); dann auch bei

---

1) XII Taf. bei Gell. XVII, 2, 10. — Legisactionsformel bei Varr. LL. VII, 5, 93: quam rem sive mi litem dicere oportet, wozu vgl. Cic. p. Mur. 12, 27.

2) Cic. p. Rosc. Com. 1, 3. Liv. XXIII, 4, 3. Sen. Contr. VII. praef. 7. Gell. V, 10, 10. Val. Max. II, 8, 2. Lucan. Phars. VIII, 332.

3) Paul. Diac. p. 116.

4) D. h. den Rechtsstreit beilegen: Hartmann, Ordo Judic. I, 111. A. 22.

5) Vgl. auch Plaut. Poen. III, 2, 9 fg. Cas. II, 8, 64. Most. V, 2, 23. Pers. IV, 3, 62. V, 2, 21. Varr. RR. I, 15.

6) Vgl. Hartmann, Ordo Judic. I, 60.

P. Cornel. Scip. Afric. maior in Liv. XXXVIII, 51, 8: cum hodie litibus et iurgiis supersederi aequum sit;
Cic. de Leg. II, 12, 29: feriarum festorumque dierum ratio — requietem litium habet et iurgiorum;
Liv. V, 13, 7: privatim quoque id sacrum celebratum est: — — iurgiis ac litibus temperatum;
Serv. in Verg. Ecl. III, 1: habet — lites et iurgia: inde quaeritur iudex;
endlich bildlich bei Juv. Sat. VI, 628 fg.: semper habet lites alternaque iurgia lectus, | in quo nupta iacet;
vgl. auch Isid. Orig. XVIII, 15, 4.

Und zwar hat iurgium in diesem Gegensatze die Bedeutung eines Processes[7]), wie solches bekundet wird von

Varr. LL. VII, 5, 93: iurgio id est litibus. — Ex quo licet videre iurgare esse ab iure dictum, quom quis iure litigaret[8]);
Gloss. Philox. bei Bonav. Vulcan. 127, 44: iurgium, δίκη.
Isid. Orig. XVIII, 15, 4: iurgium dictum quasi iuris garrium eo, quod hi, qui causam dicunt, iure disceptant; und daraus Salemon. Glossar.
Gloss Paris. ed. Hildebr. 186, 443: iurgium, vadimonium, lis; 288, 11: vadimonium, iurgium, litem; Gloss. Ampl. ed. Oehler in Jahns Archiv XIII, 1847, 386. no. 105: vadimonium, iurgium, lite[m]; Pap. Vocab.: iurgia: convicia, causae, lites male actae; Salemon. Glossar.: iurgium: vadimonium, lis;[9])

und wiederkehrt bei Cic. de Leg. II, 8, 19: feriis iurgia amovento; Hor. Ep. II, 2, 170 fg.: populus adsita certis | limi-

---

7) Daneben hat iurgium auch die Bedeutung von Streit, Zank, worüber vgl. Forcellini s. v. und welche auch maaßgebend ist bei Pap. 1 Def. (D. XXIII, 3, 27), 2 Resp. (D. X, 2, 57), 12 Resp. (fr. Vat. 294). Und so auch bei Manil. 10, 150: foro per litem iurgia temptet; Val. Max. II, 1, 6 u. A. m.

8) Vgl. Paul. Diac. p. 103: iurgatio: iuris actio; Eutych. Ars de Verbo 476, 13 K.: iurgo ab eo, quod est iure urgeo traductum et i ante g adsumens vulgo. So auch Ritschl, prooem. Bonnens. decas II: iurgare, ursprünglich iurigare und von ius sich ableitend.

9) Wegen iurgare vgl. Gothofr. Cod. Th., glossar. nomicum. s. v.

tibus vicina refugit iurgia; Fronto de fer. Als. III, p. 228 Nab.: iurgia et vadimonia — sisti; Pseudo-Asc. in Verr. 191: in possessione, de qua iurgium est; Valent. Th. et Arc. im C. Th. II, 26, 4. und Th. Arc. et Hon. das. c. 5.: iurgium finale.

Die Bedeutung jenes Gegensatzes aber ergiebt sich zunächst auf Seiten des iurgium durch

XII Taf. bei Cic. de Rep. IV, 8, 8: si iurgant, wozu Cic. als Commentar beifügt: benevolorum concertatio, non lis inimicorum iurgium dicitur; — — iurgare igitur lex putat inter se vicinos, non litigare;

sodann durch Hor., Front., Valent. Th. et Arc. und Th. Arc. et. Hon. citt., bei denen iurgia in Beziehung auf die a. finium regundorum steht; sowie endlich durch

Non. Marc. 430, 29: iurgium et lis hanc habent distantiam: iurgium levior res est, siquidem inter benivolos aut propinquos dissensio vel concertatio iurgium dicitur; inter inimicos dissensio lis appellatur.

Dagegen für lis in diesem engeren Sinne ergeben Fingerzeige für die bezügliche Bedeutung die alttechnischen Ausdrücke: praedes litis vindiciarum, Xviri stilitibus iudicandis, bonorum possessio litis ordinandae gratia, sowie das Zeugniß von

Varr. LL. V, 36, 180: ea pecunia, quae in iudicium venit in litibus, sacramentum a sacro (sc. dicitur),

indem hierin allenthalben die von Alters her der leg. a. sacramento unterfallenden Processe verstanden sind.

Aus jenen Wesenbestimmungen und Merkmalen daher, welche in dem Gegensatze von lis und iurgium für diese beiden Begriffe gegeben sind, ist zu entnehmen, daß dieser Gegensatz diejenigen Streitsachen umfaßte, bei denen der Proceß aus dem Verfahren in iure in ein iudicium übergeleitet wurde und so nun in seiner ältesten Bedeutung als iurgia die der leg. a. per iud. postul. und als lites die der leg. a. sacramento unterfallenden Rechtsstreitigkeiten einander gegenüberstellte, woneben dann später auf Grund der lex Silia die condictiones der leg. a. per condictionem traten, ohne daß jedoch die Quellen solcher trichotomischen Eintheilung gedenken, da die

condictiones dieser leg. a. erst später (311—329 s. Beil. XIX § VII. unter II) geschaffen und bereits nach 2 Jahrhunderten durch die lex Aebutia wieder aufgehoben wurden, nach diesem letzteren Gesetze aber eine neue Klag-Eintheilung aufkam (§ II), so daß demnach weder die ältesten, noch die jüngeren Quellen diese Trichotomie kannten.

Insbesondere nun die iurgia zerfallen wiederum in iudicia und in arbitria, wie dieß sich ergiebt ebensowohl aus der Formel der leg. a. per iud. postul.:

te, praetor, iudicem arbitrumve postulo uti des[10]),

als auch aus den XII Tafeln:

„si quid horum fuat unum iudici arbitrove reove eo die, diffensus esto"[11]);

iudicem arbitrumve iure datum, qui ob rem dicendam pecuniam accepisse convictus est, capite poenitur[12]).

Allerdings geht dagegen unsere Wissenschaft und so namentlich Keller, Civilproc. § 17. von der Annahme aus, daß der iudex und arbiter jener ältesten Zeit identisch, beide Worte somit in der Klagformel, wie in den XII Tafeln rein tautologisch gesetzt, demgemäß aber alle der leg. a. per iud. post. unterfallenden Rechtssachen einander gleichartig und zwar gleichmäßig sei es iudicia, sei es arbitria gewesen seien. Allein diese Annahme ist mit vollster Sicherheit schon um deßwillen als eine irrige zu verwerfen, weil die in der obcitirten Legisactions-Formel und den entsprechenden Gesetzen der XII Tafeln gleichmäßig gebrauchte Enclitica ve jene Annahme einer Tautologie schlechthin ausschließt, indem bereits in der ältesten Sprache ve das sachlich Verschiedene und lediglich Verwandte verbindet[13]), wogegen das rein Tautologische: das

---

10) Val. Prob. de Not. § 4 no. 8. Not. Einsiedl. p. 329. no. 15. p. 326. no. 46. Cic. p. Mur. 12, 27.

11) Capito bei Fest. p. 273, wo Schöll, leg. XII tab. vitium liest statt unum; allein der status dies ist doch nicht ein vitium.

12) Gell. XII, 1, 7. — In letzterer Vorschrift schließt das iure datus, in der ersteren die Beziehung zur diffissio diei jede Zweideutigkeit aus: unter arbiter, wie iudex ist einzig und allein der Proceßrichter zu verstehen.

13) So namentlich die erstcitirte Stelle der XII Tafeln, wo das iudici

sachlich Identische und lediglich im Ausdrucke Verschiedene durch die Partikel sive verknüpft wird.[14]).

Hiernach allenthalben beruht somit die älteste Classification der in iudicium sich überleitenden Processe inter cives auf der Obereintheilung von lis und iurgium, woneben dann später noch die condictio trat, und auf der Untereintheilung der iurgia in iudicia und arbitria. Und zwar stehen als lis und iurgium gegenüber die Rechtssachen, welche in iure in die leg. a. sacramento sich kleiden, und in iudicio vor einen Gerichtshof: die Cviri und die indices Xviri oder Xviri stlitibus iudicandis verwiesen werden, und die Rechtssachen, welche in iure der leg. a. per iudic. postulationem unterfallen und in iudicio von den Einzelrichtern: iudex, arbiter oder tres arbitri abgeurtheilt werden [15]).

---

arbitrove reove doch unmöglich ein und dasselbe Individuum bezeichnen kann, und so nun auch noch die XII Tafeln in folgenden Passagen: si calvitur pedemve struit; si morbus aevitasve vitium escit; si plus minusve secuerunt; super pecunia tutelave; aedibus vineave; qui se sierit testarier libripensve fuerit; ipse pecuniave eius; sepelire urereve; furtum faxit noxiamve noxit; vgl. qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit; s. Schöll, XII tab. 115. 116. 124. 127. 135. 149. 155. 160. 153. Ferner die Fetialformel bei Liv. I, 24, 7: ex illis tabulis cerave, wofür die spätere Zeit sagte: in his tabulis cerisque (Gai. II, 104); die lex de vere sacro vovendo bei Liv. XXII, 10: rumpet occidetve; si nocte sive luce, si servus sive liber faxit; die Legisactionsformel in § III: utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim. Wegen des plautinischen Sprachgebrauches vgl. Müller in Jahns N. Jahrb. f. Philol. 1861, 262 fg. Dann auch das staatsrechtliche populus plebsve, lex plebisvescitum u. dergl.

14) So die Legisactionsformeln in diem tertium sive perendinum bei Val. Prob. de Not. § 4. no. 9. Not. Einsiedl. p. 321. no. 30. Cic. p. Mur. 12, 27 und: quam rem sive mi litem dicere oportet in A. 1. Ferner die Formeln in Thl. III § 13 unter 2: sive quo alio nomine fas est nominare.

15) Das auf die Verschiedenheit in iudicio gestützte Merkmal ward durch die lex Pinaria v. 322 (Thl. II A. 175) verwischt. — Neben lis, iurgium und condictio tritt endlich die recuperatio (im Sinne von Proceß, wie in dem plebisc. de Therm. v. 39. 40), worüber s. Beil. XII § 22 a. E.

## § II.

### Die Stellung des arbitrium in der jüngeren Classification der Klagen.

Die in § I dargelegte processualische Eintheilung der Klagen hörte auf erschöpfend zu sein und verlor daher ihren Werth, seitdem durch, wie in Folge der lex Aebutia neue Processformen und neue Arten von Klagformeln aufkamen. Das Bedürfniß daher, die Klagen nach processualischen Gesichtspunkten zu classificiren, nöthigte, jener alten Eintheilung eine neue zu substituiren.

Diese jüngere Classification aber stellt als Obereintheilung auf die Begriffsreihe von lites und iudicia im weiteren Sinne [16]), welche bieten:

Turpil. Demiurg. bei Non. 8, 25: iudicia, litis, turbas, tricas, contiones maximas;

Auct. ad Her. IV, 23, 33: praemium aliquod ex lite aut iudicio cepit?

Cic. de Orat. II, 24, 99: iudiciorum atque litium; in Verr. III, 13, 32: persequi lite atque iudicio [17]),

und welche nun gegenüberstellt in den lites die der leg. a. sacramento unterfallenden und in iudicio vor die Cviri oder Xviri stlit. iudic. verwiesenen Rechtssachen, und in den iudicia die in iure in anderer Processform eingeleiteten und in iudicio vor die Einzelrichter: iudex, arbiter, tres arbitri, wie recuperatores verwiesenen Processe [18]), so daß demnach diese Classi-

16) Judicium in diesem weiteren Sinne findet sich z. B. bei Cic. de N. D. III, 30, 74: iudicia de fide mala; p. Rosc. Com. 5, 15. 9, 25. Top. 17, 66. de Off. III, 15, 61. — Andrerseits wegen lis in einem anderen und weiteren Sinne s. A. 5 und so auch die unten citirten Cic. de Rep. V, 2, 3. p. Rosc. com. 4, 10. Fest. v. taxat p. 356. Sen. de Clem. III, 7, 8.

17) Dagegen bei Cic. p. Rosc. com. 15, 45: utrum potius Chaereae iniurato in sua lite an Manilio et Luscio iuratis in alieno iudicio credas ist die Ausdrucksweise bestimmt durch das technische litem suam facere, auf welches angespielt wird.

18) Denn die lex Aebutia hob ebenso den Proceß der lex Pinaria, wie der lex Silia und Calpurnia, somit die leg. a. sacramento vor dem

fication aus der in § I festgestellten Eintheilung zwar das eine Glied, die lites beibehielt, dem anderen Eintheilungsgliede der iurgia aber die iudicia i. w. S. substituirte.

Diese iudicia i. w. S. wurden nun fernerweit eingetheilt in die iudicia i. e. S. und die arbitria, wie solcher Gegensatz sich findet bei

Cic. de Off. I, 2, 6: iudicio arbitrioque; vgl. de Rep. V, 2, 3: disceptator (i. e. iudex) aut arbiter litis;

Vitr. VI, 8, 2: privata iudicia arbitriaque conficiuntur;

Liv. XXIII, 23, 4: iudicium arbitriumque; XXX, 14, 10: iudicium atque arbitrium:

Fest. v. taxat p. 356 nach Huschke zu Cic. p. Tull. Exc. III p. 262: in litibus quoque, [iudici] arbitrove cum proscribitur, quod ei ius sit statuendi; v. ordo p. 185: pontifex maximus — iudex atque arbiter habetur rerum divinarum humanarumque;

lex Jul. repet. v. 695 nach Macer 1 Iudic. (D. XLVIII, 11, 7. pr.): iudicem arbitrumve;

Anton. Pius bei Ulp. 3 de Off. Cons. (D. XLVII, 1, 15. pr.): iudicum a se datorum vel arbitrorum sententiam exsequantur hi, qui eos dederunt;

fr. in J. Just. IV, 6, 1: apud iudices arbitrosve de quacunque re quaeritur;

und näher charakterisirt wird von

Cic. p. Rosc. com. 4, 10: aliud est iudicium, aliud est arbitrium: iudicium est pecuniae certae, arbitrium incertae, ad iudicium hoc modo venimus, ut totam litem aut obtineamus aut amittamus, ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur § 11: Quid est in iudicio? directum, asperum, simplex. — Quid est in arbitrio? mite, moderatum;

Serv. de Ben. III, 7, 5: melior videtur condicio causae bonae, si ad iudicem, quam si ad arbitrum mittitur,

---

Einzelrichter, wie die leg. a. per condictionem auf, nicht dagegen die leg. a. sacramento im Allgemeinen, noch auch die leg. a. per iudic. postulat. und per man. ini.

quia illum formula includit et certos, quos non excedat, terminos ponit, huius libera et nullius adstricta vinculis religio et detrahere aliquid potest et adicere et sententiam suam, non prout lex aut iustitia suadet, sed prout humanitas aut misericordia inpulit regere; vgl. de Clem. II, 7, 3: clementia liberum arbitrium habet: non sub formula, sed ex aequo et bono iudicat; et absolvere illi licet et quanti vult taxare litem. Nihil ex his facit, tamquam iusto minus fecerit, sed tamquam id, quod constituit, iustissimum sit.

Demnach stellt dieser Gegensatz einander gegenüber die iudicia, als die vor den iudex verwiesenen Rechtssachen und die arbitria, als die vor den arbiter oder vor tres arbitri gehörigen Processe.

Und diese arbitria endlich zerfallen nun anderweit in arbitria legitima d. s. die arbitria der leg. a. per iud. postulat. und in die arbitria honoraria d. s. die bon. fid. actiones des ius gentium, ein Gegensatz, den bekundet

Cic. p. Rosc. Com. 5, 15: perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica [19]) — — comprehensa sint,

insofern hier unter den iudicia legitima ebenso die iudicia i. e. S., wie die arbitria legitima zu verstehen und so nun in den Gegensatz zu den arbitria honoraria gestellt sind.

Insbesondere aber der Ausdruck arbitria honoraria ist angezeigt bei

Cic. de Fat. 17, 39: arbiter honorarius; Tusc. V, 41, 120: honorarius arbiter,

und umfaßt die bon. fid. actiones der Kaiserzeit, wie dieß unter Anderen bekundet

Sext. Aelius Paetus Catus bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1,

19) Unter officia domestica ist das compromissarische arbitrium zu verstehen, wie bei Cic. p. Caec. 2, 6, der in Bezug auf die iudicia distrahendarum controversiarum causa reperta sagt: persaepe disceptatore domestico diiudicantur; p. Quinct. 11, 38: aut intra parietes aut summo iure experiretur; Sen. fr. XIV, 1. Haase: familiare iurgium non iudicem, sed arbitrum quaerit.

38. § 1), wo die a. venditi als arbitrium bezeichnet wird (s. Beil. XXI § XIV unter 3);

Qu. Muc. Scaevola bei Cic. de Off. III, 17, 70: arbitria, in quibus additur „Ex fide bona";

Cic. p. Quinct. 3, 13: arbitrium pro socio; de Off. III, 16, 66: arbitrum (sc. ex emto) illum adegit „Quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona";

und erklärt sich in der Weise, daß, wie die Contracte und Quasicontracte des ius gentium nicht durch leges, als vielmehr einzig und allein durch die consuetudo und interpretatio geschaffen und ausgebildet wurden [20]), so nun auch die Formel der bon. fid. actiones des ius gentium nicht durch leges gegeben, als vielmehr durch das Edict des Prätor proponirt und so durch den Letzteren, gleich als dem ausführenden Organe der Satzungen von consuetudo und interpretatio geschaffen wurden [21]).

Dagegen daß andrerseits die arbitria der leg. a. per iud. postul. den arbitria mit unterfielen, somit also die den honoraria arbitria sich entgegenstellenden legitima arbitria ergeben, bekundet

Cic. de Off. III, 15, 61 und Top. 17, 66 (arbitrium rei uxoriae), 10, 43 (finibus regundis adigere arbitrum; — aquae pluviae arcendae adigere non possis arbitrum).

## § III.

### Die intentio der arbitria im Allgemeinen der leg. a. per iud. postul.

Die Aufgabe der gegenwärtigen Abhandlung stellt sich nach § I und II dahin fest, die intentio derjenigen Klagen zu bestimmen, welche nach § I als arbitria eine eigenartige Gruppe

---

20) Beil. XXI § XXIII.

21) Beil. XXI § XXIII. Demnach verwendet die Zeit Cicero's den Ausdruck honorarium in einer viel weiter greifenden Beziehung, als die Kaiserzeit: die letztere erkennt als a. honorar. nur die Klage an, bei welcher der klag-constituirende Rechtssatz, somit die Klage im civilrechtlichen Sinne dem ius honorarium angehört; Cicero dagegen qualificirt als arbitrium honorarium auch die Klage, bei welcher der klag-constituirende Rechtssatz iuris civilis und lediglich die Klagformel oder die Klage im processualischen Sinne von dem Prätor constituirt ist.

der der leg. a. per iud. post. unterfallenden Processe bildeten und in der späteren Zeit nach § II als die legitima arbitria den honoraria arbitria sich gegenüberstellten. Und zwar geht diese Darstellung von dem Vordersatze aus, daß, indem Cicero eine größere Anzahl von Klagformeln mittheilt, welche im Gegensatze zu den arbitria honoraria oder bon. fid. actiones des ius gentium den arbitria legitima eigenthümlich sind, hiermit Stücke aus den Formeln der arbitria der leg. a. per iud. postul. gegeben sind.

Dem steht nun allerdings gegenüber die Ansicht unserer Wissenschaft und so namentlich von Keller, Civ. Pr. § 25, daß die in Frage stehenden Formeln nicht der Legisaction, als vielmehr dem Formularprocesse angehören. Allein abgesehen davon, daß jene Formeln gar nicht in den Formularproceß passen, weil hier, nach dem ausdrücklichen Zeugnisse des Qu. Muc. Scaevola (A. 26), alle arbitria ausnahmelos auf fides bona formuliren, so wird überdem jene Ansicht auf das Bestimmteste widerlegt durch die Fassung der einen jener Formeln auf utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, indem ja eine directe Anrede an die Partei nun und nimmermehr der Formel des Formularprocesses, als vielmehr einzig und allein der Formel des Legisactionenprocesses angehört.

Diese Thatsache ist nun allerdings auch von Zimmern, Civ. Pr. § 42 gewürdigt worden; allein indem nach dessen Ansicht die leg. a. per iud. postul. bereits durch die leges Pinaria, Silia und Calpurnia beseitigt worden ist, so überweist derselbe nun solche Formel einer frühen und vorciceronianischen Vergangenheit, eine Auffassung, die wiederum dadurch auf das Bestimmteste sich widerlegt, daß Cicero auf die in Frage stehenden Formeln nicht in historischer Reminiscenz und gleich als auf etwas Untergegangenes hinweist, sondern vielmehr dieselben als noch in regelmäßiger Anwendung befindlich und der Praxis und dem Lebensverkehre seiner Zeit angehörig hervorhebt.

Demnach führen diese Momente ohne Weiteres zu der Annahme hin, daß ebensowohl die in Frage stehenden Formeln den arbitria der leg. a. per iud. post. angehören, als auch diese letztere Proceßform zu Cicero's Zeit noch in Geltung und Uebung bestand.

Was nun die in Frage stehenden Formeln selbst anbetrifft, so ist vor Allem deren Zubehörigkeit zu den einzelnen Klagen festzustellen, wobei wir die überlieferten Formeln selbst in zwei Gruppen betrachten: zunächst die Clauseln, welche, mit einer Berufung auf das aequum et bonum beginnend, die eigentliche intentio enthalten, und sodann die Clauseln, welche als beschränkender Zusatz zu solcher intentio sich verhalten.

In der ersteren Beziehung aber bekundet Cicero, daß allen jenen arbitria, mit Ausnahme jedoch der actio rei uxoriae, — worauf in § IV zurückzukommen ist, — die Clausel gemeinsam ist: Quantum aequius melius est dari:

Cic. p. Rosc. Com. 4, 10: ad arbitrum hoc animo adimus, ut neque nihil neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. § 11: Eius rei ipsa verba formulae testimonii sunt: — quid est in arbitrio? mite, moderatum, „Quantum aequius melius [22]) sit dari"; wozu vgl. § 12: arbitrum sumpseris quantum aequius et melius sit dari repromittique [23]).

In solcher Ueberlieferung jener Formel ist jedoch in doppeltem Punkte eine Breviloquenz anzuerkennen: einmal fehlt die unentbehrliche Partei-Bezeichnung: daher zu ergänzen ist: mihi a te dari; und sodann, da jene Formel eine incerta intentio enthält, somit also derselben eine demonstratio voraufging [24]), so fehlt die Hinweisung auf diese demonstratio, für welche nun der Formularproceß die Clausel ob eam rem bietet [25]) und

22) Die handschriftlichen Lesungen, insoweit dieselben zu übersehen sind, lauten aequius et melius; allein dem ältesten Sprachgebrauche entspricht lediglich die obige Lesung von Manutius; vgl. auch § IV z. A.

23) Die Klage, welche im J. 675 Famius wider den Roscius angestellt hatte und auf welche im Obigen Cicero hinweist, war a. communi dividundo, gerichtet auf Theilung eines commune incidens, welches nach der Behauptung des Klägers dadurch entstanden war, daß Roscius sich über eine a. damni iniuria dati, welche ihm und dem Famius gemeinsam wider den Flavius zugestanden, mit dem Letzteren verglichen und ein Abfindungsquantum angenommen hatte. Daher war solche Klage formulirt gewesen auf quantum aequius melius est dari repromittique.

24) So bereits Keller, Civ.-Pr. § 17.

25) Prob. Einsiedl. p. 275 no. 6. Not. Pap. 325. no. 18. Mela bei Ulp. 57 ad Ed. (D. XLVII, 10, 17. § 2), Gai. IV, 136. u. a. m. Ob Probus auf die Legisaction oder formula sich bezieht, ist unbestimmbar.

welche nun ohne Bedenken bereits der Legisaction überwiesen werden darf. Dießfalls aber ergänzt sich nun die obige Formel dahin: quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari.

Diese Formel läßt somit zwei Bestandtheile unterscheiden: die aequi et boni clausula auf quantum aequius melius est, und die intentio im eigentlichsten Sinne: ob eam rem mihi a te dari. Diese letztere Clausel insbesondere aber kehrt nun, wie Cicero besagt, bei allen jenen arbitria durchaus gleichmäßig wieder. Bei einzelnen arbitria treten indeß noch weitere Zusätze hinzu, wie dieß z. B. Cicero für die a. communi dividundo bekundet, wo an das dari noch repromittique sich anschließt (A. 23), während bei anderen arbitria, wie z. B. bei a. pluviae arcendae wiederum ein anders lautender Beisatz sich finden mußte.

Neben jenen beiden Clauseln bekundet nun Cicero noch eine andere Gruppe von solchen, und zwar zunächst für die a. fiduciae die Clausel: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione[26]; sowie in de Off. III, 17, 70 die Clausel: utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim, rücksichtlich deren jedoch die Angabe der Klage mangelt, zu deren Formel sie gehört. Gegenüber dieser Unbestimmtheit bietet jedoch einen Fingerzeig de Off. III, 15, 61, wo als Rechtsverhältnisse, bei denen der dolus reprimirt wird, aufgezählt werden: die tutela der XII Tafeln, somit das arbitrium tutelae; die circumscriptio der lex Plaetoria, somit die a. leg. Plaetoriae; die iudicia mit der Clausel „ex fide bona“, somit die bon. fid. act.; endlich „reliqua iudicia“ und zwar insbesondere das arbitrium

---

26) Die volle Clausel bietet Cic. de Off. III, 17, 70; den ersten Theil: ut inter bonos bis oportet bietet Cic. ad Fam. VII, 12, 2. de Off. III, 15, 61. Top. 17, 66. Boeth. in h. l. p. 378. — Daß Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70 die a. fiduciae und tutelae den bon. fid. actiones beizählt, erklärt sich daraus, daß zu Cicero's Zeit der Formularproceß electiv concurrirte mit der leg. a. sacramento, wie per iud. postul., eine Thatsache, welche in ersterer Beziehung bei Cicero mehrfach bekundet wird. — Wenn Rein, Pr. Rt. 246 in obiger Formel eine Clausel des Vertrages selbst der fiducia erblickt, so weiß ich nicht, worauf diese Annahme sich stützt; sicher aber berechtigt Cicero nicht dazu.

rei uxoriae mit der Clausel: melius aequius, und das arbitrium fiduciae mit der Clausel: ut inter bonos bene agier oportet. Indem sodann in c. 17, 70 die beiden Klagformeln aufgeführt werden: utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim und ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione, so ist nun hierfür maaßgebend, daß c. 17 in der innigsten Beziehung steht zu c. 15, indem die in c. 17 gegebene Deduction auf die in c. 15 angeführten Klagen sich stützt. Stehen daher zugleich die in c. 17 mitgetheilten beiden Clauseln in Beziehung zu den in c. 15 aufgeführten Klagen, so muß nun die hier fragliche Clausel utine propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim entweder zur a. leg. Plaetoriae oder aber zum arbitrium tutelae gehören, da sie sicher nicht zur a. bon. fidei oder rei uxoriae oder fiduciae gehört. Abgesehen nun aber davon, daß die fides, deren jene Clausel gedenkt, zwar ein Element der Tutel, nicht aber der durch das arbitrium leg. Plaetoriae angefochtenen Rechtsgeschäfte im Allgemeinen ist, so finden sich auch ganz bestimmte Andeutungen in den Quellen, welche die fragliche Formel dem arbitrium tutelae überweisen [27].

Ein weiteres Beispiel dieses Formeltheiles ist endlich wohl in der eigenthümlichen Clausel gegeben, welche dann in die condemnatio der a. de peculio oder de in rem verso hineintrat, wenn die betreffende Klage eine auf Rückgabe einer Sache gerichtete bon. fid. a. war, und welche lautete: praeterea et si quid dolo malo Numerii Negidii captus fraudatusque Aulus Agerius est [28]; denn diese Clausel scheint einer Legisactionsclausel:

---

27) Plaut. Bacch. III, 3, 9: propter te tuamque pravos factus est fiduciam Pistoclerus wird zu einem Vater gesagt, dessen leichtfertige Grundsätze die Sittenverderbniß des Sohnes verschuldet haben; dann auch Cic. p. Rosc. Com. 6, 16, der als den Thatbestand des arbitr. tutelae bezeichnet das fraudare pupillum, und Quint. J. O. VII, 4, 35, der als Ziel dieser Klage das fidem praestare nennt; vgl. auch Cic. de Orat. III, 1, 3: tutor fidelis: p. Flacc. 30, 74: adductus est in iudicium Polemocrates de dolo malo et de fraude a Dione huius ipsius tutelae nomine; Gell. V, 13, 2: fidei tutelaeque nostrae crediti; Proleg. alt. in Ter. Hec. 44 fg.: — | ne eum circumventum inique iniqui irrideant.

28) Jul. bei Ulp. 28. 30 ad Ed. (D. XIII, 6, 3. § 5. XVI, 3, 1, 42),

utine dolo malo tuo captus fraudatusque sim nachgebildet zu sein.

Dieser Formeltheil selbst aber, der so nun für arbitrium fiduciae und tutelae festgestellt ist, hatte seiner Fassung nach die Function, zunächst den Zweck, den die eigentliche intentio (auf mihi a te dari) verfolgt, anzugeben und hiermit zugleich nun dem arbitrium iudicis eine bestimmte Richtung und Sphäre abzugränzen, sonach aber eine gewisse Schranke der vollsten Freiheit des Richterurtheiles zu setzen. Dürfen wir daher um deßwillen diesen Formeltheil als quasi taxatio bezeichnen und als regulären Bestandtheil der intentiones der arbitria der leg. a. ansehen, so ergiebt sich nun aus Alle dem das Resultat, daß die intentio dieser Klagen normaler Weise aus drei Clauseln sich zusamensetzte: der aequi et boni clausula, der eigentlichen intentio und der quasi taxatio.

Danach aber ergiebt sich beispielsweise für die a. fiduciae cum creditore folgende Structur:
(demonstratio:) Quandoque [29]) Stichum hominem, q. d. a., tibi CC fidei, fiduciae causa mancipio dedi [30]) ea lege, uti eum hominem suo die [31]) persoluto aere relutum fideve soluta liberataque [32]) mihi remancipes [33]), quandoque tu dolo

---

Ulp. 2 Disp. (D. XV, 1, 36) und Pomp. das., 29 ad Ed. (D. XV, 1, 5. pr. 20. § 6. 7.)

29) An Stelle des causalen quod, an welches Keller a. O. § 17 denkt, trat in der ältesten Rechtssprache quandoque.

30) Gai. II, 59, 220: fiduciae causa mancipio dederit. Instr. fid. in C. J. L. II. no. 5042 lin. 2: hs. nummo uno fidei, fiduciae causa mancipio accepit.

31) Instr. fid. cit. lin. 11 fg.: si pecunia sua quaque die non soluta esset; Pomp. 35 ad Sab. (D. XIII, 7, 8. § 3): nisi sua quaque die pecunia soluta esset; — — si qua pecunia sua die soluta non erit.

32) Gai. II, 220, wo statt des sicher corrupten solutam pecuniam soluere zu lesen ist: soluta pecunia reluere; für solvere ist aber ältere Terminologie persolvere, so ius persolvere in der Fetialformel bei Liv. I, 32, 10; pecuniam persolvere: Instrum. fid. cit. lin. 11; Act. fratr. Arv. bei Henzen, scavi nel bosco de frat. Arv. in Bullet. 1869, 104. lin. 1: quae — vovera[t, pe]rsolvit; Cic. p. Flacc. 20, 47. p. Planc. 42, 103. ad Fam. XI, 11, 2. Reluere: Fest. p. 281: reluere: resolvere, repignerare; Caecil. Stat. Karine das.: et aurum et vestem, quod matris fuit, reluat; wofür die spätere Zeit luere sagte: Büchel, civilr.

malo fecisti dolove malo tuo factum est[34]), ut is homo mihi non restituatur[35]); (intentio:) quantum aequius melius est ob eam rem mihi a te dari, ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione; (provocatio ad arbitrum).

## § IV.

### Die intentio des arbitrium rei uxoriae insbesondere.

Die intentio des arbitrium rei uxoriae bietet mehrfache erhebliche Abweichungen von der normalen Formulirung der übrigen arbitria der leg. a. per iud. postul., wie bekundet wird von

Cic. Top. 17, 66: in arbitrio rei uxoriae, in quo est „Quod eius melius aequius“[36]); de Off. III, 15, 61: haec verba maxime excellunt in arbitrio rei uxoriae: „Melius aequius“. — In eo „Quod melius aequius“ potest ulla pars inesse fraudis?

Prob. Einsiedl. in Gramm. Lat. IV. p. 275 no. 9: M. A. E.: melius aequius erit, und übereinstimmend Not. Pap. p. 324. no. 36;

Vgl. Lab. bei Jav. 6 ex Post. Lab. (D. XXIV, 3, 66. § 7): si quis pro muliere dotem viro promisit, deinde herede muliere relicta decesserit, qua ex parte mulier ei heres esset, pro ea parte dotis periculum, quod viri fuisset, ad mulierem pertinere, quia nec melius aequius esset, quod exigere vir ab uxore non potuisset, ob id ex detrimento viri mulierem locupletari; Proc. 5 Epist. (D. XLVI, 3, 82): si, antequam Seia (i. e. uxor) vetaret, Cornelio (i. e. ei, qui fundum suum

---

Erört. I, 149. A. 3. Dann solvere liberareque in der Formel der nexi liberatio bei Gai. III, 174. Und endlich für das Ganze das Instr. fid. cit. lin. 10 fg.: usque eo — — fiduciae essent, donec ea omnis pecunia fidesve persoluta L. Titii soluta liberataque esset.

33) Gai. I, 140. 172. Boeth. in Top. p. 340 u. a. m.

34) Prob. Einsiedl. p. 275. n. 14: D(olo) M(alo F(ecisti) und daraus Not. Pap. p. 319 no. 71. — Prob. Einsiedl. p. 275. no. 15—17: D(olo) V(e) M(alo) T(uo) F(actum) E(st) und daraus Not. Pap. cit.

35) Prob. Einsiedl. p. 275 no. 18: N(on) R(estituatur) und daraus Not. Pap. p. 324. no. 35.

36) Handschriftliche Abweichung ist: quod melius aequius.

doti dedisset) eum fundum reddidisset (sc. vir), — — nec melius nec aequius esse — eum fundum Seiae reddi; Gai. 4 ad Ed. prov. (D. IV, 5, 8): rei uxoriae (Trib.: de dote) actio — in bonum et aequum concepta est.

Hiernach aber ist in der intentio des arbitrium rei uxoriae in Form der leg. a. per iud. postul.:

1. die aequi et boni clausula anstatt auf: Quantum aequius melius est singulärer Weise geförmelt auf: Quod eius melius aequius erit; wogegen

2. bezüglich der eigentlichen intentio auf Ob eam rem mihi a te dari keine Andeutung einer Abweichung vorliegt, während wiederum

3. hinsichtlich der quasi taxatio die Art und Weise, wie Cic. a. O. der intentio des arbitrium rei uxoriae im Gegensatze zur intentio des arbitrium fiduciae gedenkt: indem er dort als das charakteristische Stück der intentio die Clausel quod eius melius aequius erit, hier aber die Clausel ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione hervorhebt, zu der Schlußfolgerung berechtigt, daß singulärer Weise dem arbitrium rei uxoriae auch die quasi taxatio gefehlt habe.

Jene beiden Singularitäten aber erklären sich historisch aus der Entstehung selbst des arbitrium rei uxoriae. Diese letztere Klage steht nämlich, wie Gell. IV, 3. nach Serv. Sulpic. de Dotibus bekundet, in zeitlicher, wie genetischer Abhängigkeit von den cautiones rei uxoriae, welche selbst bald nach dem Jahre 523 zu Rom in Uebung kamen und dieß zwar in der Weise, daß aus dem dotalen Stipulationsrechte mit seiner a. sponsae pecuniae (Beil. XIX § VI) die Interpretatio ebenso analoge Rechtssätze für das ipso iure geltende Dotalrecht herleitete, als auch für deren Realisirung die a. rei uxoriae schuf [37]. Der eigenthümliche Proceß nun der Constituirung dieser letzteren Klage ist deutlich zu erkennen aus der Nachricht bei Boeth. [38]),

---

37) Voigt, lex Maenia § 1.

38) Boeth. in Top. 378: dos interdum his conditionibus dari solebat, ut, si inter virum uxoremque divortium contigisset, quod melius aequius esset, apud virum remaneret, reliquum dotis restitueretur uxori, id est ut, quod ex dote iudicatum fuisset melius aequius esse,

daß die cautio rei uxoriae sich concipirte auf „Quod melius aequius erit“; denn dem entsprechend schuf nun die römische Interpretatio, an die in Thl. III § 49 dargelegten Schranken, wie Methode gebunden, die a. rei uxoriae auf dem Wege, daß sie der Ehefrau im Falle der Scheidung insoweit, als nicht das iudicium domesticum eine multa an der dos wider die Ehefrau ausgesprochen hatte[39]), eine Klage zuerkannte „quasi uxor quod dotis melius aequius foret reddi stipulata esset“, und so nun für diese Klage übereinstimmend die intentio auf Quod eius melius aequius erit ob eam rem mihi a te dari förmelte, dieselbe nothgedrungen der leg. a. per ind. postul. überweisend, sobald jene Zeit eine Klage aus einer fingirten Stipulation noch nicht kannte[40]). Und wie sich nun so diese singuläre Conception der aequi et boni clausula jener Klage erklärt, so erklärt sich endlich der Wegfall der quasi taxatio bei derselben aus der freieren Anschauung des zweiten Viertels des 6. Jahrh. in Bezug auf die Proceßformeln: denn die a. rei uxoriae ist nach der lex Aebutia noch geschaffen worden und ist die letzte Klage, welche von der Interpretatio noch auf dem Boden der Legisaction geschaffen worden ist.

---

ut apud virum maneret, id vir sibi retineret, quod vero non esset melius aequius apud virum manere, id uxor post divortium reciperet.

39) Voigt, lex Maenia § 9.

40) Andere Ansichten s. Czyhlarz, Dotalr. § 8. Nach demselben konnte die cautio rei uxoriae bei der Manusehe nicht der Frau geleistet werden; sehr richtig, allein die cautio konnte der Braut geleistet werden, die gegen die Folgen der cap. dem. durch besonderen Rechtssatz geschützt ward: Voigt, lex Maenia A. 52. Sodann bestreitet derselbe in A. 15 das präjudicielle Verhältniß des iudicium domesticum gegenüber der a. rei uxoriae; der Grund hierfür ist, daß solches „ganz unglaublich ist.“ Ich bedaure, den Maaßstab dessen, was Jemandem glaublich oder unglaublich ist, als eine Richtschnur für Ergebnisse historischer Forschungen nicht anerkennen zu können, um so weniger, als Vieles mir als historisch wahr sich erwiesen hat, was vorher mir ganz unglaublich war. Jedenfalls aber ist vom Standpunkte des iudicium domesticum aus mir wieder die Ansicht meines Herren Gegners ganz unglaublich.

---

# Beilage XXI.

## Die Geschichte der Contracte des ius gentium bis zu Ausgang der Republik.

### § I.

#### Uebersicht.

Den Bestand der Contracte des ius gentium in der Zeit Cicero's constatirt einmal das von Gai. Inst. adoptirte Contractssystem, welches, der Zeit kurz nach d. J. 688 entstammend und auf Serv. Sulpic. Rufus zurückgehend (Thl. III A. 485), aufzählt: mutui datio, emptio venditio, locatio conductio, societas und mandatum (Thl. III § 53 a. E.), und sodann die Uebersicht der bonae fidei negotia, quibus vitae societas continetur (vgl. Thl. III A. 478), welche bietet Qu. Mucius Scaev. (gest. 672) bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „Ex fide bona“ fideique bonae nomen manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur, und welche demnach auf das Vollständigste mit Serv. Sulpic. übereinstimmt in der Contracts-Reihe von emtio, locatio, societas und mandatum, wogegen die mutui datio, weil stricti iuris, übergangen ist. Diesen Bestand aber bestätigen die anderweiten Quellen jenes Zeitabschnittes: dieselben constatiren ebensowohl alle, wie auch nur die obigen Contracte des ius gentium.

Demnach fehlen in jenen Reihen nicht nur die negotiorum gestio, welche kurz vor 710 klagbar gemacht wurde (Thl. III A. 478), sondern auch die depositi, commodati und pigneraticia actio, welche bereits ebenso den Schülern des Serv. Sulpicius, so namentlich dem Alfenus Varus und Ofilius, wie auch dem Treb. Testa bekannt sind (Thl. III A. 485), als endlich auch die a. praescriptis verbis, welche erst in der augusteischen Zeit geschaffen wurde (Thl. III A. 476[a]).

Dem gegenüber ist nun die Aufgabe zu lösen, die Entstehung

und historische Entwickelung der für den obigen Zeitpunkt constatirten Contracte des ius gentium: mutui datio, emtio venditio, locatio conductio, societas und mandatum darzulegen. Diese Aufgabe erheischt indeß, daß dabei auch die für jenen historischen Proceß einflußreichen Rechtsinstitute mit in Betracht gezogen werden, wodurch dieselbe an äußerem Umfange bedeutend gewinnt. Da nun andrerseits wiederum nach Feststellung des Zeitpunktes, wo die emtio vend. und locatio cond. als Contracte constituirt wurden, ernstliche Zweifel über den Zeitpunkt, wo gleicher Proceß hinsichtlich der societas und des mandatum sich vollzog, gar nicht auftreten können (§ XXIII), so ist nun wiederum die Füglichkeit gegeben, durch Absehen von der Darstellung der historischen Entwickelung der letzteren beiden Contracte die obige Aufgabe um ein Bedeutendes zu kürzen. Unter Berücksichtigung dieser Momente wird daher die gegenwärtige Abhandlung in der angedeuteten Weise sich beschränken und somit lediglich darstellen:

Zuvörderst das Kaufsrecht und zwar hierbei insbesondere: 1. die exc. rei venditae et traditae; 2. die actio Publiciana; 3. die a. emti venditi, und 4. die Tradition von res nec mancipi als Eigenthumserwerbgrund;

sodann das Mieth- und Pachtrecht: die a. locati conducti;

sowie endlich die condictio aus der mutui datio.

Für die hierbei auftauchenden chronologischen Fragen aber ergiebt sich die allgemeinste Directive aus folgenden Sätzen:

a. unter allen bon. fid. contractus des ius gentium ist sicher der älteste die emtio venditio: § XXIII;

b. älter als die a. emti venditi sind theils die exc. rei venditae et traditae, theils die Publiciana: § II;

c. das Edict über die Publiciana datirt von 519: § VIII;

d. das Edict über die exc. rei vend. et trad. ist älter als die Public. und datirt somit aus der Zeit vor 519: § II;

e. weder die exc. rei vend. et trad., noch die Public. sind jemals in die Form des Legisactionenprocesses eingekleidet worden: denn abgesehen davon, daß das prätor. Edict zu keiner Zeit einen directen Einfluß auf die leg. a. in Anspruch genommen oder ausgeübt hat, so beginnen auch diese Edicte nach

dem bestimmten Zeugnisse von Gai.[1]) erst nach der lex Aebutia mit Proponirung von Klagen, während für die honorarische exceptio die Legisaction überhaupt keinen Raum bot;

f. indem daher die lex Aebutia älter ist, als das Edict von 519 über die Publiciana, und auch älter ist als das Edict über die exc. rei vend. et trad., so sind doch andrerseits wiederum diese beiden Edicte die unmittelbarsten Nachfolger der lex Aebutia: denn die lex Aebutia datirt aus den Jahren 513—517[2]). Und daraus ergiebt sich nun, daß unmittelbar nach Erlaß der lex Aebutia die Prätoren durch Proponirung der Edicte über die exc. rei vend. et trad. und über die Publiciana Gebrauch machten von jener Freiheit, in ihren Edicten

---

1) Gai. IV, 11: tunc (d. h. bis zur lex Aebutia) edicta praetoris, quibus conplures actiones introductae sunt, nondum in usu habebantur, und dazu Thl. II. A. 785.

2) Höchst allgemein gehaltene Bestimmungen über das Alter der lex Aebutia geben: Puchta, Inst. § 80: vor lex Cincia v. J. 550 wegen der exc. leg. Cinciae und vor die lex Plaetoria (die irrig für eine lex imperfecta erklärt wird), womit übereinstimmt Buonamici in Annali delle universitá Toscana. Part. I. tom. X. Pisa 1868. p. 115. — Burchardi, Wiedereinsetzung 300 fg.: vor die exc. doli von 570. — Andererseits: Hasselt, de Leg. Act. p. 177: nach dem ius Aelianum (allein Sext. Aelius kannte bereits die a. emti, somit den Formularproceß: § XV). — Heffter, Observatt. VII. p. 22 fg.: nach lex Calpurnia repet. v. 605, wogegen vgl. Zimmern, Civ. Pr. § 35 A. 1.; Beiden zugleich tritt merkwürdiger Weise bei Bichon van Ysselmonde, de leg. act. Traj. ad Rh. 1840. p. 101. — Ohne Begründung sind die Ansätze von Dupont, Comm. ad Gai. IV. Lugd. Bat. 1822. p. 48. A. 1.: 520 oder 577 oder 583; Bournouf, de re iudic. Par. 1824 p. 8: vor 650; Huschke, Gajus 128: 2. Hälfte des 6. Jahrh. — Verschiedene Gelehrte citiren auch die von Pighius für 520 und folg. Jahre als trib. pleb. erfundenen Aebutii. — Einen orientirenden Ueberblick über die mannichfachen Ansichten s. bei Kuntze, Inst. II, 208 fg. — Sicher ist die lex Aebutia älter als das Edict über die exc. rei vend. et trad. und über die Public., älter ferner als das ius gentium und Sext. Aelius Paetus Catus und älter auch als die lex Cincia de donis, und zwar datirend aus der Zeit von 513—517: Thl. II § 77. 83, sowie unten A. 197. Das agere per sponsionem wird übrigens sicher bekundet durch das decretum collegii tribunorum plebis v. J. 600 (s. Pauly, Realencyclop. I, 2, 2163) bei Val. Max. IV, 5, 4: si neque solveret pecuniam, neque daret, cum quo sponsio fieret, se appellantibus eum creditoribus auxilio futurum; vgl. auch Beil. XIX § VII unter V, 1.

Proceßregulative zu proponiren, welche selbst ihnen unmittelbar erwuchs aus der von der lex Aebutia ihnen ertheilten Befugniß, dem Richter eine Urthels-Instruction in Gestalt der formula zu ertheilen; daß demnach also lex Aebutia und Entstehung des ius honorarium im Allgemeinen gleichzeitig sind in der Maaße, daß die Erstere nur um ganz kurze Zeit der Letzteren voraufging.

## I. Das Kaufsrecht

### § II.

#### Chronologische Orientirung.

Unter dem Gesichtspunkte des Kaufsrechtes ziehen wir in Betracht vier Rechtsmittel: die exc. rei venditae et traditae, die a. Publiciana, die a. emti venditi und die rei vindicatio aus Tradition von res nec mancipi, für deren zeitliche Folge an sich, in welcher dieselben im römischen Rechte in's Dasein getreten sind, ein durchaus sicherer Anhalt aus dem systematischen Verhältnisse sich ergiebt, in welchem jene vier Rechtsmittel zu einander stehen.

Und zwar zunächst das publicianische Edict gab demjenigen, welcher von dem Eigenthümer eine Sache ex iusta causa tradirt erhalten hatte, eine Klage ebenso wider den dritten Besitzer dieser Sache, als auch wider den besitzenden Eigenthümer selbst (§ VI). Indem nun die iusta causa traditionis vornämlich auch die emtio venditio mit inbegreift, so ist insoweit der Thatbestand, den die Publiciana schützt, die durch Tradition vollzogene emtio venditio; das Lebensverhältniß sobann, welches, durch solchen Thatbestand begründet, jenen Schutz erfährt, ist ein juristischer Besitz, welchen selbst das 6. und 7. Jahrh. d. St. als habere technisch bezeichnet und welcher nun in Folge solchen Schutzes zu einem habere licere sich gestaltet (§ VII); und der Schutz selbst endlich wird, wie bemerkt, in einer Klage gewährt.

Sodann die exc. rei vend. et trad. ist die der Publiciana correspondirende Exception, d. h. das Edict giebt solche als defensives Rechtsmittel aus jenem nämlichen Thatbestande, welcher

aggressiv durch die Publiciana geschützt wird und zwar in dem Falle, daß der Eigenthümer seine Sache von demjenigen vindicirt, welchem er zuvor diese nämliche Sache veräußert und tradirt hatte (§ X). Aus diesem Verhältnisse jener Exception zur Publiciana ergiebt sich aber mit Bestimmtheit, daß jene Exception nicht jünger als diese Klage sein kann: denn es ist unmöglich, daß irgend welches Recht durch das aggressive Rechtsmittel der Klage geschützt sei, des defensiven Rechtsmittels der correspondirenden Exception dagegen entbehre. Und so auch würde der Schutz durch die Publiciana ganz illusorisch und effectlos gewesen sein, wenn der mit dieser Klage Siegreiche nachher der Gefahr ausgesetzt war, daß der frühere Beklagte jetzt das betreffende Object vindicire, ohne daß eine Exception dieser rei vindicatio sich entgegengestellt habe. Demnach ist das Edict über die exc. rei venditae et traditae entweder älter oder aber gleichzeitig mit dem publicianischen Edicte, sicher aber nicht jünger. Allein auch die Möglichkeit, daß beide Edicte gleichzeitig seien, ist um deßwillen zu verwerfen, weil anderenfalls die exc. rei vend. et trad. nicht diese Benennung, sondern den Namen exc. Publiciana führen, und weil überdem dießfalls die Quellen solchen einigen Fundamentes beider Rechtsmittel, gegeben in dem publicianischen Edicte, gedenken würden. Um deßwillen ist daher die exc. rei vend. et trad. für älter anzuerkennen, als die Publiciana.

Ferner die a. emti venditi bietet, wie die Publiciana, einen klagweisen Schutz, allein sie schützt nicht, wie diese, lediglich die zugleich abgeschlossene und auch durch Tradition bereits vollzogene Veräußerung, als vielmehr sie schützt schon die noch nicht vollzogene, vielmehr nur erst abgeschlossene Veräußerung. Diese Veräußerung aber schützt die a. emti in der Richtung, daß sie den Verkäufer nöthigt, dem Abkäufer zum habere zu tradiren (§ XIV). Demnach zielt die a. emti darauf ab, den von der exc. rei vend. et trad. wie Public. geschützten Thatbestand zu completiren: die traditio ex causa emtionis; damit sodann das Lebensverhältniß zu realisiren, welches den Schutz der Public. genießt: das habere; somit aber endlich den Zustand herzustellen, wie solcher als ein habere licere aus dem Schutze der exc. rei vend. et trad., wie Public. resultirt.

Daher hat mit Einem Worte die a. emti den Beruf, als Erfüllung der emtio venditio die Herstellung desjenigen Verhältnisses zu bewirken, welches des Schutzes jener ersteren beiden Rechtsmittel theilhaft ist; und schon um deßwillen nun ist die a. emti venditi für jünger anzunehmen, als die exc. rei vend. et trad., wie Public. Allein überdem fehlt vor dem publicianischen Edicte jedwede Rechtsordnung, welche dem durch die a. emti angestrebten habere ein juristisches Fundament unterbreitet und ein habere licere begrifflich begründet hätte, indem sie dem habere ein Schutzmittel zur Seite stellte. Und wie es nun unmöglich ist, daß die a. emti mit ihrer Anforderung der Gewährung des habere früher existirt habe, bevor das römische Recht solches habere licere überhaupt kannte, so muß nun auch jene Klage jünger sein als die exc. rei vend. und trad., wie Public., weil durch diese erst solches habere licere begründet wurde. Und endlich drittens ist jene eigenthümliche Ordnung, daß die emtio vend. nicht unbedingt zur Gewähr des Eigenthumes, als vielmehr des habere verpflichtet, überhaupt nur so erklärbar, daß die Zeit der Constituirung der a. emti dieses habere licere bereits als etwas Gegebenes vorfand: denn der Volksanschauung selbst liegt es sicher näher, der emtio vend. die Verpflichtung zur Eigenthumsübertragung unterzulegen, wogegen die Verpflichtung zur Gewähr des habere ihrem Fassungsvermögen, wie ihrer Auffassung selbst unendlich ferner liegt (§ XIV). Hieraus allenthalben aber ist mit Sicherheit zu entnehmen, daß die Public. die ältere, die a. emti vend. die jüngere Schöpfung ist. Wenn daher Leist, Bon. Poss. I, 263 wegen Gai. IV, 131[a]. die a. emti für älter ansieht, als die exc. rei vend. et trad., so würde diese Annahme allerdings zulässig sein unter der Voraussetzung, daß die a. emti von vorn herein ex professo auf Uebertragung des meum esse ex iur. Quir. sich richtete; allein gerade diese Voraussetzung ist unberechtigt.

Endlich die rei vindicatio aus der Tradition ex iusta causa von res nec mancipi gewährt Schutz dem nämlichen Thatbestande, auf welchen bereits die Public. ihren Schutz erstreckte, so daß insoweit jede von beiden Klagen die andere entbehrlich macht. Und wie es daher einerseits kein unmittelbar praktischer Moment und kein Verkehrsbedürfniß ist, welches jene Extension der

rei vindicatio hervorrief, als vielmehr ein theoretisches Motiv und ein doctrineller Gesichtspunkt, so ist nun andrerseits aus jenem Verhältnisse zu entnehmen, daß der Prätor die Public. nicht mit auf jenen Thatbestand erstreckt haben würde, wenn solcher bereits zur Zeit der Proponirung dieses Edictes durch rei vindicatio geschützt war. Denn da der klagbegründende Thatbestand durchaus identisch ist: traditio ex iusta causa von Seiten des dominus, so besteht der einzige Unterschied zwischen dieser Vindication und der bezüglichen Publiciana nur darin, daß dort mit a. directa, hier mit a. ficticia ein dinglicher Anspruch geltend gemacht wird. Dieser Sachverhalt läßt aber erkennen, daß die Public. die ältere, die vindicatio aus der Tradition dagegen die jüngere Schöpfung ist.

Nicht minder ist aber diese Vindication aus der Tradition auch für jünger anzuerkennen, als die a. emti. Denn wenn zu der Zeit, welche die a. emti schuf, die Tradition von res nec mancipi Eigenthumsrecht gegeben hätte, so würde man die Verpflichtung des Verkäufers nicht auf Tradition und Gewähr des habere licere, als vielmehr auf Tradition und Gewähr des meum esse ex iure Quir. gestellt haben. Daraus daher, daß man diese letztere Construction nicht wählte, ist zu entnehmen, daß deren erforderliche Voraussetzung selbst: Eigenthumsübergang bei Tradition von res nec mancipi noch fehlte.

Hieraus allenthalben aber ergiebt sich für die vier, in Betracht gezogenen Rechtsmittel die zeitliche Aufeinanderfolge: exc. rei vend. et trad., Publiciana in rem, a. emti venditi und rei vindicatio aus Tradition von res nec mancipi.

## § III.

### A. Die actio Publiciana.

#### 1. Das publicianische Edict in den Digesten.

Ueber die Fassung des publicianischen Edictes[3]) liegen folgende Hinweise aus Ulp. 16 Dig. (D. VI, 2) vor:

a. fr. 1. pr.: ait praetor „Si quis id quod traditur ex

---

3) Die Literatur s. bei Glück, Pand. VIII, 313. A. 10. und noch voll-

iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo"; [4])

b. fr. 1. § 1: praetor ait: „Nondum usucaptum";

c. fr. 1. § 2: sed cur traditionis [5]) duntaxat et usucapionis fecit mentionem, quum satis multae sunt iuris partes, quibus dominium quis nancisceretur utputa legatum?

d. fr. 3. § 1: ait praetor: „Ex iusta causa petet";

e. fr. 7. § 10: praetor ait: „Qui bona fide emit".

Diese fünf Berichte Ulpians über die Fassung des publicianischen Edictes ergeben aber

1. einen unlösbaren Widerspruch, der zwischen a und c einerseits und e andrerseits obwaltet;

---

ständiger bei Guyet, de Publ. in rem. 23 fg., wo indeß doch noch übergangen sind: S. de Back, de Publ. in rem, L. B. 1719. A. G. Rachlitz, de indole act. Publ. Vitemb. 1749. J. A. Thierens, de Publ. in rem, Harder 1754. N. v. Westrenen, de Publ. i. r. Traj. 1783. Die jüngeren Monographieen, insgesammt unter dem Titel de Public. in rem act., sind: C. Depatin, Gand 1818. F. T. Eckenberg, Lips. 1821. C. J. Guyet, Heidelb. 1823. E. G. Obrock, Götting. 1843. (rec. v. Zachariä v. Lingenthal in Schneiders N. krit. Jahrb. 1846. IX, 752 fg.) R. Ferrier, Lugd. Bat. 1846. Ueberdem sind zu vgl. Glück a. O.; Zimmern im Rhein. Mus. für Jur. III, 330. fg.; Mayer in Ztschr. für gesch. R. W. VIII, 21. fg. Michelsen in A. 60 cit. 32. fg.; Leist, Bon. Poss. § 43; Rein, Pr. Rt. 301 fg.; Sell, r. Lehre d. Eigenth. 2. Aufl. § 99. — Irrig erschien mir Rudorff, Edict. perp. § 62.

4) Wegen der verschiedenen Ansichten über die syntaktischen Verbindungen dieser Worte s. Obrock cit. § 2; wegen des vorjustinianischen Rechtes s. § IV. Daß darin nicht die originale, als vielmehr eine interpolirte Fassung des Edictes gegeben sei, ist eine in unserer Wissenschaft viel verbreitete Ansicht, über deren mannichfache Nüancirungen vgl. Obrock, cit. § 3; Huschke, Jurispr. Antei. zu Gai. IV, 36. will lesen: si quis id, quod traditum non a domino est, nondum usucaptum petet; dieß wird jedoch widerlegt theils durch Inst. IV, 6, 4. und Theoph. in h. l., theils durch die postjustinianischen Rechtsquellen von den Bas. XV, 2, 3. bis zu Harmenop. II, 1, 55.

5) Die Conjectur von Mommsen in seiner Digesten-Ausgabe, hier ex causa emptionis einzufügen, entbehrt nicht allein jeder Berechtigung, sondern beseitigt auch gar nicht einmal die obwaltenden Schwierigkeiten, ja vermehrt vielmehr dieselben gegenüber e.

2. eine Unvollständigkeit, insofern nach a die Publiciana nur wider den non dominus gegeben wird, während solche sicher auch wider den dominus zusteht (A. 55);

3. eine Interpolation: quod traditur kann nicht originale Fassung sein, da vielmehr der Sprachgebrauch des prätorischen Edictes erfordert: quod traditum est; da sodann das „emit“ unter e ein correspondirendes traditum est erfordert; und da endlich auch die Klagformel (§ V) auf solches traditum est hinweist [6];

4. unter der Voraussetzung, daß die in § VIII gegebene Datirung des Edictes richtig ist, eine anderweite und zwar alte Interpolatiou, insofern dominus für ein originales herus gesetzt ist, eine Interpolation, die auch bezüglich der lex Aquilia wiederkehrt (Beil. XIX. A. 37); vgl. A. 46.

Aus den beiden Thatsachen unter 1 und 2 ist aber mit Puchta, Inst. § 236 gg. und Sell a. O. 403 [7] zu folgern, daß in dem obigen Materiale unter a—e die Trümmer nicht eines einzigen Kapitels, als vielmehr zweier Kapitel des public. Edictes erhalten seien, eine Thatsache, der gegenüber die Haltung der Digesten historisch in der Weise sich erklärt, daß, nachdem Justinian die Duplicität des meum esse ex iure Quir. und in bonis esse durch Cod. VII, 25, 1 aufgehoben hatte, damit die Publiciana des Inhabers des in bonis esse wider den dominus ex iar. Quir. in Wegfall gekommen war, in Folge dessen aber das bezügliche Kapitel des Edictes seine praktische Bedeutung verloren hatte, für die Compilatoren der Digesten aber daraus die Aufgabe sich ergab, nur das noch praktische, die bon. fid. possessio betreffende Kapitel beizubehalten, das

---

6) Das syntaktische Schema: si quis id, quod factum est, persequetur findet sich im Edict in Dig. XLII, 5, 9. pr.: si quis, quod ceperit, non restituet. Den Gegensatz bietet wohl das Edict in Dig. XXVII, 6, 1. § 1. 6., wo van Reenen in Den Tex, fontes III iur. civ. Amstd. 1840. p. 55 die theilweis verlorenen Worte dahin restituirt: quod eo auctore — gestum esse dicatur, si id actor ignoraverit, wo sich jedoch das dicere gerade erst in iure vollzieht. Vgl. auch Heineccius, Opusc. posth. 473 c.

7) So auch schon Glück, a. O. 318; Weyhe, libr. III edict. 190, ja im Grunde bereits Heineccius a. O. 469 fg., der nur die beiden verschiedenen Bestimmungen des Edictes in Ein Kapitel zusammenfaßt.

andere unpraktische, das in bonis esse betreffende Kapitel dagegen auszumerzen; und daß nun andrerseits eine keineswegs vereinzelt stehende Flüchtigkeit der Compilatoren hierbei nicht mit der erforderlichen Consequenz und Strenge verfahren ließ, so daß einzelne auf das ausgeschiedene Kapitel bezügliche Aussprüche in die Digesten sich einschlichen [8]).

Leiten nun diese Prämissen ohne Weiteres zu der Annahme hin, daß in dem Berichte unter a die Ueberlieferung des Edictes über die bon. fid. poss. anzuerkennen sei, so macht sich doch dem gegenüber sofort eine zweite Wahrnehmung geltend. Denn die unter e bekundete Edicts-Clausel „qui bona fide emit" gehörte doch sicher gerade in das Edict über die bon. fid. poss., wie theils zahlreiche Andeutungen in den Quellen ergeben, welche der bon. fid. emtio gedenken (s. § IV), theils auch der Umstand ergiebt, daß die bona fides gerade für die bon. fid. poss. nicht allein ein wesentliches Moment des Thatbestandes, sondern auch dasjenige Moment ergiebt, nach welchem dieses Verhältniß seine technische Benennung empfing. Daher ergiebt sich hieraus anderweit, daß die Compilatoren nicht einmal das die bon. fid. poss. betreffende Edict einfach in die Digesten herübernahmen, als vielmehr auch dieses interpolirten und zwar, wie in § IV darzulegen, in der Weise interpolirten, daß sie an Stelle des originalen „quod bona fide emit et ei traditum est" jenes „quod traditur ex iusta causa" setzten (vgl. A. 13), ähnlich, wie in ganz gleicher Richtung solches geschieht von Gai. IV, 36 (s. § V), bestimmt hierin durch die vollberechtigte Erwägung, daß zu ihrer Zeit die bon. fid. poss. durchaus nicht mehr auf die traditio ex bonae fidei emtionis causa sich beschränkte, als vielmehr auf die traditio ex iusta causa im Allgemeinen sich stützte (§ IV unter 1), somit aber die Rücksicht auf Harmonie des Gesetzes mit dem geltenden Rechte solche Interpolation erforderte, ein Moment, worauf auch Inst. IV, 6, 4 und Theoph. in h. l. hinweisen. Hieraus allenthalben ergiebt sich daher als Resultat: das publicianische Edict enthielt zwei Kapitel über zwei Klagen, welche wir selbst bezeichnen als

8) Durchaus analoge Thatsachen sind nachgewiesen in Voigt, Cond. ob caus. § 45.

die stärkere und als die schwächere Publiciana; von diesen beiden Edicten ist nur das Letztere, jedoch in interpolirter Fassung, in die Digesten aufgenommen worden, dahingegen das Erstere ist planmäßig ausgeschieden worden; da jedoch weder jene Interpolation, noch diese Ausscheidung mit voller Consequenz und Strenge gegenüber den Fragmenten, aus welchen die Digesten compilirt wurden, zur Anwendung und Durchführung gebracht wurde, so haben sich in diesen Fragmenten Spuren und Hinweise auf beide Edicte erhalten.

Demnach stellt sich die Aufgabe dahin, aus jenen Ueberlieferungen die beiden Edicte in ihrer originalen Fassung zu reconstruiren. Und zwar sind die Quellen, die hierfür gegeben sind, folgende:

von den Edictswerken:

Ulp. 16 ad Ed., umfassend de fideicommissaria hereditatis petitione, de rei vindicatione, de Publiciana actione;

Paul. 21 ad Ed., enthaltend de rei vindicatione, de Publiciana actione[9]), si ususfructus petatur, si servitus vindicetur;

Gai. 7 ad Ed. prov., außer den von Paul. behandelten Titeln, auch noch mehrere nachfolgende Titel umfassend;

wogegen aus Pomp. 3 ad Ed. nichts Bezügliches überliefert ist;

sodann aus den Digesten:

Jul. 7 Dig., umfassend de rei vindicatione, de Publiciana actione, si ususfructus petatur, si servitus vindicetur,

wogegen wiederum aus Cels. 3 Dig., Marcell. und Scaev. 4 Dig. nichts Einschlagendes erhalten ist;

endlich aus sonstigen Werken nach der Edictsordnung:

Pap. 6 Quaest., während Paul. sent. rec. I nichts Bezügliches bietet.

Unter allen diesen Quellen ist die wichtigste und ergiebigste

---

9) Hierher gehören Dig. VI, 2, 2. 6. 10. 12., wo Hal. die richtige, die Flor. die falsche Lesart lib. 19 bietet; dann auch Dig. VI, 2, 4. und XX, 1, 18., wo Hal. und Flor. die falsche Lesart lib. 19 haben.

Ulp. 16 ad Ed., dessen bezüglicher Titel in zwei Unterabschnitten je Eines der beiden Edicte behandelte.

Und zwar der erste Abschnitt: über die stärkere Publiciana beginnt in Dig. VI, 2 mit fr. 1 § 1. und reicht bis fr. 7 § 10., worauf nun mit § 11.: praetor ait: „Qui bona fide emit", der zweite Abschnitt über die schwächere Public. beginnt. Denn dieser Sachverhalt ergiebt sich mit vollster Bestimmtheit daraus, daß die Passage: „qui bona fide emit" ganz unzweifelhaft als Anfangsworte eines Edictes sich kennzeichnet, somit also da, wo die Exegese dieser Worte einsetzt, nach der allgemein und so insbesondere auch bei Ulp. üblichen Methode[10]) der Commentar eines neuen und zwar des zweiten public. Edictes beginnt. Ist nun hiermit für Ulp. ad Ed. die bezügliche Eintheilung des Stoffes gewonnen, während für die übrigen einschlagenden Quellen solche Vertheilung aus deren Inhalte ohne Weiteres sich ergiebt, so gruppiren sich nun die Quellenüberlieferungen in der Weise:

Edictum I über die stärkere Public. betreffen:

Ulp. 16 ad Ed.: D. VI, 2, 1. § 1. 2. fr. 3. 5. 7. pr. — § 10.
Paul. 21 ad Ed.: D. VI, 2, 2. 4. 6. (s. A 9), XLI, 3, 12.
Gai. 7 ad Ed. prov.: D. VI, 2, 13;

dagegen Edictum II über die schwächere Public. behandeln:

Ulp. 16 ad Ed.: D. VI, 2, 7. § 11. fg. fr. 9. 11. 14. XLI, 3, 10. L, 16, 26.
Paul. 21 ad Ed.: D. VI, 2, 10. 12. XX, 1, 18 (s. A. 9), L, 16, 28.
Gai. 7 ad Ed. prov.: D. VI, 2, 8. XLI, 1, 43.
Jul. 7 Dig. bei Ulp. cit.: D. VI, 2, 7. § 17. fr. 9. § 4. fr. 11. § 3. 4.
Pap. 6 Quaest. bei Ulp. cit.: D. VI. 2, 14.
sowie endlich aus Dig. VI, 2 noch: Nerat. 3 Membr., Pomp. 3 ad Sab., Paul. not. ad Pap. 10 Quaest.: fr. 15—17.

---

10) In den Edictswerken wird durchgehends eine Exegese der Edictsworte gegeben, die in ihrer successiven Folge besprochen werden und so die Anwendung des Stoffes bestimmen, vgl. z. B. Ulp. 12 ad Ed.

## § IV.

### 2. Die publicianischen Edicte in ihrer originalen Fassung.

Für die originale Fassung der publicianischen Edicte geben die in § III. a. E. aufgeführten Quellen folgende Hinweise und zwar für

Edictum I, die stärkere Public. betreffend:

a. Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2) fr. 1. § 1.: „Nondum usucaptum“;

b. Ulp. cit. fr. 1 § 2: traditionis dumtaxat et usucapionis fecit mentionem; vgl. fr. 3 § 1: non solum emtori bonae fidei competit Publiciana, sed et aliis, ut puta ei, cui dotis nomine tradita res est necdum usucapta;

c. Ulp. cit. fr. 3 § 1.: „Ex iusta causa petet“;

d. Die für Edictum II bezeugte Clausel: non a domino petet, insofern dieselbe hinweist auf einen im Edict. I enthaltenen Gegensatz: a domino petet.

Von diesen Zeugnissen erregt jedoch Anstoß das unter c, insofern danach das Edict als Thatbestand der Klage eine iusta causa petitionis aufstellt, gerade hiermit aber die Quellen in Widerspruch stehen. Denn nicht allein, daß die römische Rechtswissenschaft im Allgemeinen hierbei nicht von einer iusta causa petitionis, als vielmehr von einer iusta causa traditionis oder iusta petitio handelt, so ist Gleiches auch der Fall im Besonderen in den Edictscommentaren selbst, wo doch im unmittelbaren Hinblicke auf den Wortlaut des Edictes die Lehre behandelt wird und wo nun die iusta possessio oder iusta causa traditionis hervortritt bei

Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. pr. § 1.): quaecunque sunt iustae causae acquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio. — Ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium.

Ja von Ulp. l. c. selbst wird den Edictsworten ein Commentar beigefügt, der schlechterdings nicht zu der Wortfassung ex iusta causa petet paßt, dagegen aber wiederum mit Gai.

cit. in vollster Harmonie steht, indem in der betreffenden Stelle: ait praetor „Ex iusta causa petet"; qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana, von Ulp. in den Worten des Edictes gar nicht eine iusta causa petitionis, als vielmehr eine iusta causa traditionis gefunden wird, demnach aber das Citat ait praetor etc. doch unmöglich jenen Thatbestand der iusta causa petitionis aussprechen konnte, als vielmehr den Thatbestand der iusta causa traditionis verlautbart haben muß. Und hierzu allenthalben kommt endlich, daß auch aus sachlichen Gründen jenes ex iusta causa petet völlig unhaltbar ist. Denn durch die Vorschrift: si quis id ex iusta causa petet, iudicium dabo, wird von der iusta causa petitionis nicht etwa der Erfolg der Klage in iudicio d. h. nicht etwa die richterliche Condemnation abhängig gemacht, als vielmehr die Gewähr der Rechtshülfe selbst Seitens des ius dicens, d. h. das iudicium dare desselben oder die Ertheilung der Klagformel an den Kläger. Es wird demnach durch jene Vorschrift nicht auf die richterliche indicatio verwiesen, als vielmehr auf eine praevia cognitio praetoris über die iusta causa der anhängig zu machenden Klage selbst[11]. Nun aber geben nicht allein die Quellen auch nicht die leiseste Andeutung, daß nur causa cognita die Publiciana actio ertheilt werde, indem sie vielmehr ganz direct d. h. ohne Vermittelung einer solchen diese Klage zusprechen, sondern es ist auch die Wendung: si ex iusta causa petet dem bezüglichen Sprachgebrauche des Edictes ganz fremd, indem dafür vielmehr die beiden Wortfassungen sich finden: causa cognita (iubebo oder dergl.) und si iusta causa esse videbitur (dabo oder dergl.)[12]. Diese Argumente aber sind triftig genug, die Annahme zu rechtfertigen, daß Ulp. l. c. (D. VI, 2, 3. § 1.) gesagt habe:

> ait praetor: „Si quis id, quod traditum est ex iusta causa, petet"; qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana

und daß nun die Compilatoren einerseits hieraus den Wortlaut

---

11) Vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 576.

12) Erstere Formel im Edicte in Dig. II, 13, 6. § 8; letztere in Dig. IV, 3, 1. §. 1. IV, 6, 1. § 1. XXVIII, 8, 7. § 1.

ihrer Interpolation des Edictes entlehnten[13]), wie andrerseits darin wiederum die Kürzung vornahmen: ex iusta causa petet.

Hiernach aber, in Verbindung mit den Hinweisungen unter a. b. d., wie nach Maaßgabe der allgemeinen Structur des Edictum II, können wir Edictum I in seiner originalen Fassung dahin restituiren:

SI QUIS ID, QUOD EI[14]) TRADITUM EST EX IUSTA CAUSA, A DOMINO[15]) ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO.

Sodann für Edictum II, die schwächere Publiciana betreffend, liegen folgende Hinweise vor:

a. das interpolirte Edict in Dig. VI, 2, 1. pr. (s. § III): „Si quis id quod traditur ex iusta causa non a domino et nondum usucaptum petet iudicium dabo";

b. Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2) fr. 7. § 11.: „Qui bona fide emit"; vgl. § 16.: ut — Publiciana competat, haec debent concurrere: ut et bona fide quis emerit et ei res emta eo nomine sit tradita; vgl. Nerat. 3 Membr. (D. cit. 17), Jul. 7 Dig. (D. cit. 7. § 17.), Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 43. § 2.), Ulp. cit. fr. 7 § 11., Paul. 8 ad Sab. (D. XVIII, 1, 27), Modest. 5 Pand. (D. L, 16, 109);

---

13) In Dig. VI, 2, 1. pr.: „Si quis id quod traditur ex iusta causa; s. § III.

14) Dieses ei ist aus der Klagformel zu entnehmen in § V; vgl. auch A. 18.

15) Daß zu verbinden ist: a domino petet, nicht aber: traditum est a domino, ergiebt der Gegensatz von Edictum II mit seinem: non a domino petet (A. 19). Hiermit soll jedoch durchaus nicht geleugnet werden, daß nicht vom dominus die Tradition geschehen mußte (A. 26); allein wenn einmal nicht gesagt war: si quis id, quod ei a domino traditum est ex iusta causa, a domino — petet, so kann das einmalig gesetzte a domino nur mit petere, nicht mit tradere verbunden werden. Allerdings wäre aber auch möglich, daß der Prätor eine Doppel-Bezüglichkeit setzen wollte, so daß a domino ebenso zu tradere, wie zu petere in Beziehung stünde. Und dieß ist es, worauf sich in dem Commentare des Paul. zum obigen Edicte die folgende Stelle in Dig. L, 16, 28. § 1 bezieht: oratio, quae neque coniunctionem neque disiunctionem habet, ex mente pronuntiationis vel disiuncta vel coniuncta accipitur. — Wegen anderweiter Restitutionsversuche vgl. Weyhe, libr. III edicti 190. van Reenen in fontes III iur. civ. ed. Den Tex 58. Rudorff, Edict. § 62.

c. Gai. 7 ad Ed prov. (D. XLI, 1, 43. § 1.): incorporales res traditionem et usucapionem non recipere;

d. Ulp. cit. fr. 7 § 11.: hoc sufficit me bonae fidei emptorem fuisse, quamvis non a domino emerim[16]);

e. Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 8): de pretio — soluto nihil exprimitur[17]).

Nach Alle dem aber läßt sich Edictum II in seiner originalen Fassung dahin restituiren:

SI QUIS ID, QUOD BONA FIDE EMIT ET EI[18]) TRADITUM EST, NON A DOMINO[19]) ET NONDUM USUCAPTUM PETET, IUDICIUM DABO[20])

---

16) Dieses non a domino bietet in Bezug auf den Thatbestand der Publiciana Paul. de Iur. et Fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 4), in Bezug auf den Thatbestand der Usucapion Jul. 44 Dig. (D. XLI, 3, 33. § 1), Gai. II, 43. Dagegen a non domino sagen in Bezug auf die Publiciana Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. § 2), Jul. 7 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 9. § 4), Pomp. 3 ad Sab. (D. VI, 2, 15), Pap. 2 Resp. (D. VI, 1, 65. pr.), Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 11), 73 ad Ed. (D. XX, 1, 21. § 1), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 3), Inst. II, 1, 35; in Bezug auf die Usucapion Jul. 9 Dig. (D. XLIV, 2, 24) und bei Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 21), Marcell. bei Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 11. 13. § 9), Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 13. pr.). Abgesehen von solchem Wechsel des Sprachgebrauches der Quellen, kann gegenüber dem Zeugnisse unter a aus diesem a non domino Nichts gefolgert werden. Ebenso wenig können für das vorjustinianische Recht etwas beweisen Bas. XV, 2, 1. und Harmenop. II, 1, 55: *παρὰ μὴ δεσπότου*. Ganz unstatthaft ist gegenüber jenen Stellen die Annahme von Obrock, l. c. 19 fg. und Anderen, die Worte non a domino für eine Interpolation Tribonians anzusehen.

17) Wohl aber stellte die Rechtswissenschaft das Erforderniß der solutio pretii auf: Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 32. VI, 1, 72), was in Harmonie steht mit dem von den XII Taf. für die Mancipation aufgestellten (A. 78) und von der Interpretatio auf die Eigenthums-Tradition übertragenen Rechtssatze (Leist, Mancipation 119), wie mit der Vorschrift der constitutio Rutiliana (§ XVII) und dem Rechte der exc. rei vend. et trad. (A. 65).

18) Dieses ei ist aus der Klagformel in § V zu entnehmen, wie aus Gai. 7 ad Ed. prov. (D. XLI, 1, 43. § 2): hominem emit et ei traditum sit.

19) Daß zu verbinden ist: non a domino petet, nicht aber: traditum est non a domino, ergiebt sich daraus, daß letzteren Falles diese Klage ausgeschlossen sein würde, wenn die Tradition von dem dominus ausging, dieß aber die Quellen widerlegen, indem sie bei Tradition von jedem Be-

## § V.

### 3. Die publicianischen Klagformeln.

Daß dem zwiefältigen Edicte in § IV. zwei verschiedene Klagformeln entsprochen haben müssen, erkannte bereits Sell. a. O. § 99 und kann bei der Verschiedenheit der dort aufgestellten, klagbegründenden Thatbestände irgend welchem Zweifel nicht unterliegen.

Eine derartige Klagformel behandelt nun Gai. IV, 36:

datur — haec actio (i. e. Publiciana) ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit;

daran die Mittheilung folgender intentio knüpfend:

Si quem hominem Aulus Agerius emit et qui[21]) ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem, d. q. a., ex iure Quiritium eius esse oporteret.

Zwischen jenen einleitenden Worten des Gai. und dieser Klagformel selbst waltet nun zwar insofern eine Disharmonie ob, als Gai. den Thatbestand der Klage bezeichnet durch ex iusta causa traditum esse, die Klagformel dagegen an Stelle der iusta causa im Allgemeinen die emtio setzt; allein diese Disharmonie löst sich in der Weise, daß man in der Kaiserzeit einerseits unter emtio den Kaufcontract verstand, und andrerseits wiederum aus jedweder iusta causa traditionis die Public. gab (§ VI unter 1), so daß Gai. selbst in den einleitenden

---

liebigen die schwächere Publiciana zulassen, so Gai. IV, 36. Der Schwerpunkt liegt vielmehr darin, ob die Klage wider den dominus oder wider den non dominus angestellt wird, so namentlich wegen der exceptio dominii (§ VI).

20) Guyet a. O. 29 restituirt: si quis id, quod traditur ex iusta causa, non a domino bona fide emit et nondum usucaptum petet, iud. deb. Allein dem widerstreitet das Zeugniß unter b.

21) Die Scheden bieten an Stelle von „et qui“ vielmehr t s oder l s. Daß hierin ein Fehler liegt, ist sicher, weil beide Buchstaben, als Siglen betrachtet, keine sinnentsprechende Auflösung zulassen. Jenes t betrachte ich nun mit Huschke als Schreibfehler für et; dagegen in s scheint mir ein Lesefehler zu liegen, insofern der obere Theil eines halb verwischten q für s gelesen worden ist und somit q(ui) aufzulösen ist. Die jetzt übliche Lesart: et is ist holprig und dem Formelstyle nicht entsprechend.

Worten eine kurze Exegese des in der formula gesetzten Thatbestandes, entsprechend dem zu seiner Zeit gültigen Rechte, vorausschickte, ein Sachverhalt, den auch das Excerpt in Inst. Just. IV, 6, 4. bekundet.

Fragen wir nun, zu welchem Edicte diese Formel gehörte, so wird dieselbe von unserer Wissenschaft auf die bon. fid. possessio bezogen, eine Ansicht, welche auch als die richtige anzuerkennen ist, indem jene Formel aus doppeltem Grunde nicht beigelegt werden darf dem Edictum I: si quis id, quod ei traditum est ex iusta causa, a domino et nondum usucaptum petet, iudicium dabo. Denn da die Klagformel ebenso wie den durch Gesetz, so auch den durch das Edict gesetzten klagbegründenden Thatbestand möglichst genau reproducirt, so erfordert dieses Edict eine intentio, welche auf das traditum esse ex iusta causa sich bezieht, während die obige Formel, auf emisse und traditum esse Bezug nehmend, davon abweicht. Allerdings nun nimmt Keller, Civ.-Pr. A. 346 an, daß in der intentio der Public. nur das traditum esse einen absolut feststehenden Ausdruck gefunden habe, die iusta causa dagegen in einer nach Maaßgabe des concreten Falles wechselnden Ausdrucksweise verlautbart worden sei, so daß die intentio je nach Verschiedenheit der Fälle bald sich formulirt habe auf quem hominem emit et is ei traditus est, bald auf quem hominem ex legati causa traditum accepit, bald wieder auf dotis nomine, ex causa iudicati traditum accepit und dergl. Allein nicht nur daß diese Annahme nirgends in den Quellen eine Bestätigung findet, so muß sie auch um deßwillen verworfen werden, weil sie im schroffsten Widerspruche steht mit der allgemeinen Natur und Wesenheit der intentio an sich: mit deren Unwandelbarkeit, und so eine Anomalie statuirt, welche, selbst als Ausnahme betrachtet, doch als ganz unvereinbar gelten muß mit solchem Character der intentio. Denn indem die Letztere durch ihre Fassung die Klagindividualität processualisch bestimmt, so ist nun diese Fassung ebenso in abstracto fixirt, so daß die Besonderheit des concreten Falles niemals besonders verlautbart, als vielmehr immer nur in jener abstracten Formel inbegriffen wird, wie sie andrerseits auch absolut fixirt ist in der Maaße, daß jedwede Abänderung jener abstract gegebenen

Fassung die in solche abgeänderte intentio gekleidete Klage processualisch sofort zu einer neuen Klagindividualität, zu einer actio utilis umgestaltet; oder mit anderen Worten: der characteristische Moment in der Weseneigenthümlichkeit der intentio liegt in der Unwandelbarkeit ihrer Conception, so daß eine Abänderung der einmal aufgestellten Formel in concreto nicht möglich ist, ohne zugleich die Klage selbst in ihrer processualischen Individualität völlig zu verwandeln. Von diesem obersten und allgemeinsten leitenden Principe der intentio aber wird nur in dem einen Punkte abgewichen, daß bei der a. in rem das in der intentio zu nennende Klagobject einen in concreto wechselnden und je der Beschaffenheit des Objectes entsprechenden verschiedenen Ausdruck empfängt (A. 24), während in allen übrigen Punkten die intentio strengstens ihre Unwandelbarkeit behauptet, d. h. stets so verlautbart wird, wie sie als Schema in abstracto geformelt und proponirt war. Und daß nun von diesem obersten Grundgesetze der intentio bezüglich der Public. abgewichen worden wäre, dafür liegt, wie bemerkt, nicht die leiseste Andeutung in den Quellen vor, daher denn, wenn die intentio einmal concipirt war auf traditum est ex iusta causa, die Klage mit der intentio auf emit et traditum est oder auf ex legati causa traditum accepit, nicht mehr Public. war, sondern entweder Public. utilis, Public. in factum oder dergl. oder aber eine durchaus verschiedene selbsteigene actio directa. Leitet daher solche Unwandelbarkeit der intentio ohne Weiteres zu der Alternative hin, die obige Formel bei Gai. entweder als die intentio aller dem Edictum I unterfallenden Klagen, somit also der stärkeren Public. schlechthin anzuerkennen oder aber dieselbe der schwächeren Public. aus der bon. fid. poss. zu überweisen, so wird nun, wie obbemerkt, das Erstere dadurch ausgeschlossen, daß die intentio bei Gai. in ihrem emit et traditum est in Wahrheit nicht entspricht dem von dem bezüglichen Edicte selbst aufgestellten Thatbestande des traditum esse ex iusta causa, weil jener erstere Thatbestand wesentlich beschränkter ist, als dieser letztere (§ VI).

Und hierzu kommt sodann noch, daß die stärkere, wider den dominus sich richtende Public. eine Veräußerung von Seiten desselben als ein durchaus wesentliches Moment erfordert (A. 26),

die obige Klagformel bei Gai. dieses Moment aber in der That nicht zum Ausdruck bringt.

Wenn daher auf Grund dessen die obige Klagformel dem Edictum II über die schwächere Public. zu überweisen ist, so tritt nun hier wiederum das Bedenken zu Tage, daß zwar die traditio ex emtionis causa, nicht aber die bona fides der emtio in jener Formel ihren Ausdruck findet, demnach aber von dem Thatbestande, den das Edict aufstellt: si quis id, quod bona fide emit et ei traditum est, ein wesentliches, ja gerade das characteristische Moment fehlt. Zwar geht nun dem gegenüber unsere Wissenschaft von der Voraussetzung aus, daß in der Klagformel die bona fides etwa gleich als etwas Selbstverständliches übergangen worden sei[22]; allein da, abgesehen von den sachlichen Bedenken wider solche Voraussetzung, von Ulp. das Gegentheil ausdrücklich bekundet wird[23], so ist vielmehr anzunehmen, daß eine Fehlerhaftigkeit des Codex, wie solche hinter „emit" ganz unzweifelhaft ist, auch vor diesem „emit" obwalte in der Weise, daß zwischen A A emit der Ausfall von b f stattgefunden habe, demnach aber bei Gai. cit. zu lesen ist: si quem hominem Aulus Agerius bona fide emit etc. Hiernach aber restituiren wir die Formel der schwächeren Public. dahin:

Si quam rem[24] Aulus Agerius bona fide emit et quae ei tradita est anno possedisset, tum si eam rem, qua de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium

---

22) So z. B. Schilling, Inst. § 176. b.

23) Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 15): Publiciana — bonam — fidem solius emtoris continet.

24) Die Bezeichnung des Rechtsobjectes wechselt in der intentio der dinglichen Klagen je nach dessen Beschaffenheit im concreten Falle; Gai. liebt dießfalls den Sclaven als concretes Beispiel zu wählen, so in Inst. IV, 41.; und so nun ist zweifelsohne auch das si quem hominem in IV, 36. zu fassen. Denn wenn das prätor. Edict selbst si quem hominem gesagt hätte, so würde sich die Klage auf Sclaven allein beschränkt haben, daher anzunehmen ist, daß jenes sagte: si quam rem. Dagegen muß für Klagen auf Grundstücke noch eine zweite Formel im Edicte proponirt gewesen sein, weil hier auch das anno possedisset unstatthaft war.

Aulo Agerio condemnato, nisi restituat; si non parret, absolvito[25]);

sowie daneben nun wohl (s. A. 24) als zweite, alternativ proponirte Formel:

Si quod praedium Aulus Agerius bona fide emit et quod ei traditum est, biennio possedisset etc.

Dahingegen die zu Edictum I behörige Klagformel ist theils nach Maaßgabe der obigen Formel, theils des Edictes selbst in § IV, theils endlich unter Berücksichtigung des Momentes, daß hier die Tradition von Seiten des dominus ein wesentliches Erforderniß des klagbegründenden Thatbestandes bildet (A. 15. 26), dahin zu reconstruiren:

Si quam rem suam Numerius Negidius Aulo Agerio tradidit ex iusta causa, is anno possedisset, tum si eam rem, qua de agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret, quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, nisi restituat; si non parret, absolvito;

woneben dann, entsprechend wie zu Edictum II, eine zweite Formel anzunehmen ist auf:

quod praedium suum — — biennio possedisset etc.

## § VI.

### 4. Die publicianischen Klagen.

Die in § V festgestellten beiden Klagformeln ergeben für die publicianischen Klagen einen zwiefältigen wesentlichen Unterschied: theils in der Person des Beklagten, theils in den Erfordernissen des klagbegründenden Thatbestandes.

Zunächst den ersteren dieser beiden Punkte betreffend, so richtet sich nach Maaßgabe der Edicte in § IV die stärkere Public. wider den dominus des Klagobjectes, die schwächere Public. dagegen wider jeden anderen Besitzer desselben. Und dieser Moment gewinnt die unmittelbarste und höchste praktische Wichtigkeit dadurch, daß der schwächeren, nicht aber der stärkeren Public. die exc. dominii sich entgegenstellt in der Formulirung:

25) Diesen letzteren Theil der Formel restituirt Keller, Civ.-Pr. § 31. 28. nicht richtig, wie Gai. IV, 47 ergiebt.

Si non Numerii Negidii ea res, qua de agitur, sit[25a]).

Während somit die schwächere Public. nach Maaßgabe ihrer Formulirung in § V auf: si quam rem Aulus Ag. emit et quae ei tradita est gegen jedweden Besitzer des betreffenden Rechtsobjectes angestellt werden konnte, so ließ sich doch dieselbe mit Aussicht auf Erfolg nur wider den non dominus anwenden, da bei Anstellung wider den Inhaber des meum esse ex iure Quir. die exc. dominii der Klage entgegentrat, eine Ordnung, auf welche nun das Edictum II in § IV. hinweist: si quis — — non a domino — — petet (vgl. jedoch unter 5).

Dahingegen die stärkere Public. griff effectvoll auch wider den dominus Platz, insofern hier jene exceptio dominii versagte; allein andrerseits war wiederum diese Klage ausschließlich nur gegen den dominus, nicht aber auch wider einen anderen Besitzer zulässig, womit conform ist ebenso das Edictum I in § IV.: si quis — — a domino — — petet, wie auch die Klagformel in § V.: si quam rem suam Numerius Neg. Aulo Ag. tradidit ex iusta causa. Ward daher die Klage wider den non dominus angestellt, so ward sie nach Maaßgabe dieser Formel durch negative Litiscontestation zu Falle gebracht, weil jene Formel auf Tradition von Seiten dessen sich richtete, der zugleich dominus, wie Beklagter war.

Sodann hinsichtlich des klagbegründenden Thatbestandes waltet wiederum eine zwiefältige Verschiedenheit zwischen den beiden public. Klagen ob: einmal bezüglich der Subjecte, zwischen denen der betreffende Vorgang sich vollzogen hat, und

---

25a) Conception angedeutet von Nerat. 3 Membr. (D. VI, 2, 17): si ea res possessoris (i. e. bonae fidei possessoris) non sit; Jul. 9 Dig. (D. XLIV, 3, 24): si non eius (i. e. rei) sit res; Afric. 6 Quaest. (D. IX, 4, 28): si dominus eius sit (Hal.: non sim); Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 32), 16 ad Ed. (D. VI, 1, 72): si non suus esset. Benennung: exc. dominii bei Ulp. 76 ad Ed. (D. VI, 1, 72); exc. iusti dominii bei Pap. 10 Resp. (D. XVII, 1, 57), Paul. not. ad Pap. 10 Quaest. (D. VI, 2, 16). — Andere exc. dominii bei Paul. 10 ad Plaut. (D. XXXIX, 2, 22. § 1), 78 ad Ed. (D. eod. 31. § 1). — Jener exc. dominii kann unter besonderen Umständen wieder die replicatio rei venditae et traditae entgegentreten: vgl. bei A. 71.

sodann bezüglich der anderweiten thatbeständlichen Momente jenes Vorganges.

Und zwar zuvörderst in Bezug auf die handelnden Subjecte waltet der Unterschied ob, daß die possessio, auf deren Wiedererlangung die Public. sich richtet, bei der schwächeren Klage ebenso von dem dominus, wie von einem Anderen durch Tradition auf den Kläger übertragen worden sein kann, während die stärkere Klage erfordert, daß die traditio gerade von Seiten des dominus an den Kläger geschehen ist [26].

Dagegen aber der klagbegründende Vorgang an sich beruht nach Maaßgabe der Edicte in § IV je auf drei Momenten: bei der stärkeren Public. auf traditio, iusta causa traditionis und nondum usucaptum esse, bei der schwächeren Public. aber auf traditio, bonae fidei emtio und nondum usucaptum esse. Demnach sind in beiden Thatbeständen vollkommen identisch ebenso das nondum usucaptum esse, wie die traditio, nur daß bei der letzteren der obbemerkte Unterschied in der Person des Tradenten Platz greift. Wohl aber tritt nun in dem dritten Momente die Verschiedenheit zu Tage: auf Seiten der schwächeren Public. die bonae fidei emtio als causa traditionis, auf Seiten der stärkeren Public. die iusta causa traditionis schlechthin oder auch, wie Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. § 1.) sagt, die iusta possessio [27].

Zunächst nun die iusta causa traditionis [28]) betreffend, so

---

26) Dieses letztere Erforderniß ergiebt zuerst der Gegensatz derjenigen Stellen, welche das Gegentheil bezüglich der schwächeren Publiciana ausdrücklich hervorheben: A. 16, im Besonderen aber Paul. de Jur. et Fact. ign. (D. XXII, 6, 9. § 4): qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus in re est, quam in existimatione mentis, et ideo, tametsi existimet se non a domino emere, tamen, si a domino ei tradatur, dominus efficitur; sodann aber auch der weiter hervorzuhebende Parallelismus der Usucapion, welche das in bonis esse in ein meum esse ex iur. Quir. verwandelt. Darauf nun beruht auch, daß der schwächeren Publiciana, wenn sie wider den dominus angestellt wird, wie obbemerkt, die exc. dominii entgegentritt, nicht aber der stärkeren Publiciana. Wegen der bezüglichen Fassung des Edictes s. A. 15.

27) Ueber diesen Begriff vgl. Voigt, Cond. ob caus. A. 102.

28) Gleichen Ausdruck bei der Usucapion bietet Gai. II, 95. Im Allgemeinen vgl. Voigt, a. O. A. 108.

wird zu solcher, wie Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. pr. § 1.) besagt, erfordert eine veräußernde Uebertragung der res, welche somit, ohne meum esse ex iur. Quir. zu gewähren, doch eine possessio mit animus rem sibi habendi zu begründen geeignet ist[29]), wodurch z. B. ausgeschlossen sind precarium und pignoris datio. Und sodann wird auch von vorn herein und so insbesondere noch zur Zeit der Veteres erfordert, daß die betreffende Veräußerung nicht etwa von dem Rechte für nichtig erklärt sei, wodurch z. B. ausgeschlossen ist das emere a pupillo oder furioso tutore non auctore[30]). Demnach ist in der iusta causa traditionis das Erforderniß enthalten, daß der Tradition, welche das Edict erfordert, irgend welcher Rechtsgrund unterliegen müsse, der selbst nun im Sinne der Zeiten, denen das Edict entstammt, aufzufassen ist als ein sei es Rechtsverhältniß, sei es reines Lebensverhältniß, welches die juristische oder moralische Verbindlichkeit zur Uebertragung der res als einer zubehörigen begründet[31]).

Dagegen in dem bona fide emere ist zunächst die bona fides aufzufassen als guter Glaube, von demjenigen erworben zu haben, der zur Veräußerung befugt war oder, was dasselbe besagt, die betreffende possessio rechtmäßig erworben zu haben[32]),

---

29) Diese causa muß somit zu effectiver Ausprägung und reeller Existenz gelangt sein. Die einzige Stelle, welche zu widersprechen scheint und die ich in Cond. ob caus. 204 auch in solchem Sinne aufgefaßt habe, glaube ich jetzt anders, als dort, deuten zu müssen: es ist dieß Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 5): (competit Publiciana, si res tradita sit) ex causa noxae deditionis, sive vera causa sit sive falsa; denn unter der sive vera sive falsa causa versteht Ulp. nicht die noxae datio selbst, als vielmehr die causa noxae dationis d. i. das Delict.

30) Vgl. A. 126. Dagegen war es zu Ausgang der zweiten Periode streitig geworden, ob die iusta causa, als der Rechtsgrund des Besitzes, bei der Publiciana in concreto legal sein müsse oder auch ein illegaler genüge, worüber vgl. bei A. 128, sowie Glück a. O. 351 fg. Guyet a. O. 57 fg. Voigt a. O. 204. und A. 108. Vgl. auch A. 33.

31) Daher z. B. traditio ex causa iudicati, noxae dationis, donationis, permutationis: Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 3. § 1. fr. 5. 7. §. 3. 5). — In der späteren Zeit, wo man der Tradition den Beruf beimaß, das dominium selbst zu begründen, stellt sich nun auch der Begriff der iusta causa traditionis anders, worüber vgl. Voigt a. O. § 33.

32) Vgl. fr. Vat. § 1 und dazu § XVII, sowie Voigt, a. O. A. 127.

während unter emere jede entgeltliche geschäftliche Veräußerung unter Lebenden zu verstehen ist (§ XII), auch hier jedoch unter der Voraussetzung, daß die betreffende Veräußerung nicht etwa von dem Rechte für nichtig erklärt sei[33].

Zwischen dem tradere ex iusta causa der stärkeren Public. und dem tradere ex emtionis causa der schwächeren Public. waltet demnach der Unterschied ob, daß eine emtio nur in dem entgeltlichen Veräußerungs-Vertrage, sei dieß contractus oder pactum, gegeben ist, eine iusta causa dagegen ebenso in solchem Vertrage, wie auch in dem unentgeltlichen Veräußerungsvertrage[34], in dem Rechtsgeschäfte von Todes wegen, dem Delicte

---

In der späteren Zeit, wo die Vollziehung der betreffenden Veräußerung den Beruf hat, dominium zu begründen, gestaltet sich die bona fides zur Ueberzeugung von der Eigenthumszuständigkeit, wie dieß im S. C. Juventianum v. 129 n. Chr. in Dig. V, 3, 20. § 6 besagt ist: qui iustas causas habuissent, quare bona ad se pertinere existimassent. Auf das publicianische Edict insbesondere beziehen sich Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. § 1): eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominum esse, und Modest. 5 Pand. (D. L, 16, 109): bonae fidei emtor esse videtur, qui ignoravit eam rem alienam esse aut qui putavit eum, qui vendidit, ius vendendi habere, puta procuratorem aut tutorem esse. — Die spätere Zeit erforderte übrigens die bona fides nicht bloß für die emtio, sondern auch für die traditio: Glück a. O. 336 fg.; Eckenberg a. O. 26 fg.; Guyet a. O. 51 fg. Voigt a. O. 217.

33) Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 4); vgl. A. 30.

34) In Folge der lex Cincia de donis et muner. v. 550 und in Folge der oben unter 1 festzustellenden Verallgemeinerung des Begriffes emtio zur alienatio ergiebt sich im Ganzen die Ordnung, daß der stärkeren Public., wodurch der Beschenkte das in den Besitz des Schenkers wieder zurückgelangte Geschenk von dem Letzteren zurückfordert, die exc. leg. Cinciae: si in ea re nihil contra leg. Cinc. factum est (Keller, Civ.-Pr. A. 377) entgegentrat, und Gleiches galt, dafern die schwächere Public. wider den Schenker, der nicht dominus des Geschenkes war, sich richtete. Endlich auf den Fall, daß die schwächere Public. nicht wider den Schenker, sondern wider einen Dritten sich richtete, bezieht sich Ulp. 1 ad Ed. de reb. cred. (fr. Vat. 266): exceptione Cinciae uti potuit (sc. donator) nec solum ipse, verum, ut Proculeiani contra Sabinianos putant, etiam quivis, quasi popularis sit haec exceptio, so daß also solchen Falls die exc. leg. Cinc. von den Sabinianern verweigert, von den Proculianern gegeben wird. Die spätere Jurisprudenz trat der Ansicht der Sabinianer bei, wie daraus zu ersehen ist, daß überhaupt aus der donatio die Public. gegeben wird: s. im Text unter 1; vgl. auch Schilling, Inst. § 356, nn.

und Quasidelicte, wie Quasicontracte enthalten ist. Demnach aber gewährte das public. Edict den ausgedehntesten Schutz jener emtio d. i. dem entgeltlichen Veräußerungsvertrage: erfolgte dessen Solution mit einer fremden Sache, somit Seitens des non dominus derselben, so ward hierdurch bei bona fides des Accipienten die schwächere Public. begründet, während die nicht vollwirksame Solution Seitens des dominus die stärkere Public. gewährte. Dagegen weit beschränkter ist der Schutz, welchen die übrigen causae traditionis genießen: die Solution auf Grund einer Liberalität, eines Testamentes oder zur Befriedigung des Anspruches aus Delict und dergl. ward nur dann und zwar allein durch die stärkere Public. geschützt, wenn sie in nicht vollwirksamer Weise von Seiten des dominus des tradirten Objectes geschah, wogegen sie schutzlos war, weil die schwächere Public. versagte, dafern solche Solution von dem non dominus geleistet ward.

Diese letztere Verschiedenheit aber gestattet nun die leitende Tendenz des publicianischen Edictes zu erkennen: dasselbe stellte sich die Aufgabe, in erster Linie die entgeltlichen geschäftlichen Veräußerungen unter Lebenden mit einem rechtlichen Schutze zu versehen, dessen diese Veräußerungen nur in beschränktestem Maaße bisher theilhaft waren; in zweiter Linie aber auch die ohne Beobachtung der juristischen Erfordernisse von Seiten des dominus vollzogenen anderweiten Solutionen zu schützen. Solcher Schutz aber wurde um deßwillen in ausgedehnterem Maaße der emtio gewährt, weil diese nicht bloß Rechtsgeschäfte umfaßt, wie z. B. die Stipulation auf sibi habere licere, sondern auch einfache Lebensgeschäfte, wie z. B. die permutatio; denn da in den letzteren Fällen eine Rechtspflicht zur Solution gar nicht besteht, so erfordert nun die dennoch geschehene Solution, dafern sie überhaupt geschützt sein soll, des Beistandes der Public. gegenüber dem Zahlenden, und zwar ebenso gegenüber dem tradirenden dominus, wie non dominus. Dagegen bei Liberalitäten mit res alienae versagte das Edict seinen Schutz, während wiederum bei Damnationslegat, Anspruch aus einem Delicte, Quasidelicte und Quasicontracte in der überwiegenden Mehrzahl von Fällen eine Rechtsverbindlichkeit vorliegt, die Solution daher, wenn sie in solchen

Fällen von Seiten des non dominus geschieht, keines Schutzes durch die Public. bedarf, weil sie den zur Solution juristisch Verpflichteten, nicht liberirt, so daß daher ein Schutz nur für die Solution wünschenswerth blieb, welche von dem wirklich Verpflichteten, der zugleich dominus des tradirten Objectes ist, ausgeht und welche dabei nicht in juristisch vollgültiger Weise geschehen ist[35]). Die allgemeinste Tendenz aber der beiden public. Edicte ist die, den Geschäftsverkehr zu schützen, der von dem 6. Jahrhunderte abwärts in immer ausgedehnterem Maaße außerhalb der geschäftlichen Rechtssolennitäten sich bewegte und damit das sichere Fundament der juristischen Ordnungen verließ, um dem minder sicheren Schutze der geschäftlichen Treue und Redlichkeit sich anzuvertrauen (Thl. III § 47. 53).

Im Gegensatze hierzu wird nun allerdings vielfach in unserer Wissenschaft und so z. B. von Keller, Pand. § 156., Sell a. O. 397 die Ansicht vertreten, daß die Public. von allem Anfange an berufen gewesen sei, dem Usucapionsbesitze einen rechtlichen Schutz zu verleihen, und somit die leitende Tendenz des Edictes in einer Supplirung des civilen Usucapionsrechtes gegeben sei. Allein wenn immer auch im Laufe der geschichtlichen Entwickelung diese Tendenz in der römischen Rechtswissenschaft zur Geltung gelangt[36]), so weist doch schon die

35) Eine tiefgehende Disharmonie ward in die Theorie von der Public. dadurch hineingetragen, daß man und so zwar bereits Afric. 6 Quaest. (D. IX, 4, 28) die a. noxalis statt wider den dominus auch wider den bon. fid. possessor zuließ und dießfalls der noxae datio, wie der missio in possessionem servi ex noxali causa non defensi den Effect zuerkannte, ebenso die stärkere Publiciana (erforderlichen Falles mit replicatio doli gegen die exc. dominii), als auch die exc. doli wider die rei vindicatio, wie endlich, trotz etwa mangelnder bona fides, auch die Usucapion zu begründen. Dieß sind ganz singuläre und überdem auch controverse Rechtssätze, worüber vgl. Ihering, Abhandl. 99 fg., und aus denen Nichts für die allgemeine Theorie weder der Publiciana, noch der Usucapion, noch auch der bon. fides gefolgert werden darf, was nicht genügend beachtet ist in der ersten Beziehung von Glück a. O. 366, Keller, Pand. § 133. A. 3. Der tradirende bon. fid. possessor des servus obnoxius wird nach Alle dem behandelt gleichwie ein procurator des dominus servi, während der accipirende Besitzer behandelt wird gleichwie der Inhaber des in bonis esse.

36) Vgl. namentlich Jul. 7 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 17), Ulp. cit. (D. cit. § 2), sowie unten bei A. 42.

Fassung des Edictes darauf hin, daß es irrig ist, solche Tendenz der Schaffung selbst der Public. unterzulegen. Vielmehr ist im Gegentheile zu keinem Zeitpunkte der römischen Rechtsentwickelung jene vorausgesetzte Gleichheit in den maaßgebenden, thatbeständlichen Verhältnissen beider Rechtsinstitute erreicht worden, indem vielmehr sehr bedeutsame Verschiedenheiten zwischen Beiden zu allen Zeiten in Bestand sich behauptet haben und zwar ebenso in ihren thatbeständlichen Voraussetzungen [37]) und in ihren Objecten, wie auch in der Methode ihrer theoretischen Behandlung [38]).

Jenen zwiefältigen Thatbestand der traditio ex iusta causa einerseits und der traditio ex bonae fidei emtionis causa andrerseits erweiterte indeß die spätere Rechtswissenschaft in mehrfacher Beziehung und zwar:

1. in Bezug auf Edictum II substituirte man der emtio zuerst den Begriff der alienatio (§ XIII unter B 1 c), so daß dieselbe nun auch die donatio mit umfaßte, wie nach Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. pr.), und sodann weiterhin jedwede andere iusta causa traditionis (§ XIII unter B 2 c), so z. B. das legatum per damnationem, so daß nunmehr beide public. Klagen gleichmäßig iusta causa im Allgemeinen der Tradition erfordern und lediglich darin noch differiren, daß der Thatbestand der schwächeren Klage die bona fides erfordert, deren die stärkere Public. nicht bedarf; vgl. z. B. Inst. IV, 6, 4.

2. In Bezug auf beide Edicte substituirte man der traditio, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen (A. 39), jedweden Besitz-

---

37) So zunächst hinsichtlich der Existenzerfordernisse der causa, insofern für die Publiciana eine reelle Existenz der causa erfordert (A. 29), für die Usucapion aber von vielen Juristen eine rein ideelle Existenz für genügend erklärt wird: Voigt, a. O. 208 fg., worauf nun beruht die entsprechende Entscheidung von Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 16); sodann aber auch bezüglich der Bon. Poss. und Bon. Empt., welche Usucapionsbesitz, nicht aber Public. begründen: § VII a. E.

38) Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 2); vgl. im Texte unter 3. — In den Edictswerken sind beide Institute räumlich weit von einander getrennt; sodann: während bei der Usucapion regelmäßig die Terminologie: possessio pro —, so z. B. pro suo, emtore, donato und dergl. auftritt, wird bezüglich der Public. nirgends solche Terminologie verwendet vgl. Voigt a. O. § 34 a. E.

erwerbmodus, so insbesondere bei Edictum I das legatum per praeceptionem nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 1. § 2.) wozu vgl. Paul. 21 ad Ed. (D. eod. 2), oder die adiudicatio nach Ulp. cit. (D. cit. 7. pr.)[39]), oder den Besitzerwerb des Proceßobjectes, für welches die litis aestimatio oder bezüglich welches in einem Vindicationsprocesse das iusiurandum in iure delatum geleistet worden ist, nach Jul. 19 Dig. (D. XXV, 2, 22. pr.), Ulp. cit. (D. VI, 2, 7. § 1. 7), sowie Pap. 12 Quaest. (D. VI, 1, 63) wozu vgl. Glück a. O. 364 A. 69, oder endlich auch die missio in possessionem, welche nicht bloß in possessione esse, als vielmehr possessio rei gewährt, nach Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 6), 58 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 18. § 15.); ingleichen bei Edictum II z. B. der Erwerb durch partus ancillae oder alluvio oder inaedificatio nach Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 11. § 2—5. 7. 9[40]);

3. beide Edicte extendirte man auf andere Objecte als auf ipsa res, so z. B. auf praedium vectigale und superficiarium, wie auf Servituten nach Jul. 7 Dig. (D. VII, 6, 3), Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 11. § 1.), Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 2. 3).

4. Andrerseits dagegen ward wiederum die Sphäre der stärkeren Public. sehr bedeutend durch den Rechtssatz beschränkt, daß die Tradition von res nec mancipi die rei vindicatio begründe[41]) (§ XVIII).

---

39) Diese Fälle setzen voraus, daß derjenige, von welchem der Besitz übergeht, Inhaber des in bonis esse sei: denn ist er legitimus dominus, so geht das meum esse ex iur. Quir. über und es greift dann die vindicatio, nicht die Public. Platz. Daraus ist zu entnehmen, daß diese extensive Interpretation erst nach der Zeit aufgestellt ward, wo die Theorie von dem duplex dominium und dem in bonis esse Anerkennung gefunden hatte (§ VII): das public. Edict verstand unter dominus nur den Inhaber des meum esse ex iur. Quir. — Ausnahmen ergeben übrigens die Bon. Poss., wie die Empt. Bon., wo nicht die Public. Platz greift s. § VII a. E.

40) Wegen Ulp. cit. (D. cit. § 2—5), wie Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 1) vgl. Eckenberg a. O. 20 fg. Glück a. O. 355. Guyet a. O. 47 fg., gegen Sell a. O. 412 und A., welche die Public. auch ohne Besitzerwerb zulassen wollen.

41) Wegen anderweiter doctrineller Einwirkungen auf das Recht des public. Edictes vgl. A. 17. 30. 31. 32. 35.

5. Der Fall endlich, wo ein non dominus dieselbe Sache zweimal an je einen anderen bon. fid. emtor tradirt hatte, wird von Nerat. 3 Membr. (D. XIX, 1, 31. § 2.) und Jul. 7 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 9. § 4.) dahin entschieden, daß potior est, cui priori res tradita est. Dagegen der Fall, wo ein dominus legitimus, nachdem er durch traditio ex iusta causa das in bonis esse bereits übertragen hatte, das nudum ius Quir. veräußerte, so z. B. durch legatum per vindicationem (s. A. 72) und dieser Singularsuccessor nun in den Besitz des Objectes gelangt, ist in den angezogenen Quellen planmäßig ausgetilgt worden. Sicher aber ward dießfalls nicht in erweiternder Anwendung die stärkere Public. wider solchen dominus von der Rechtswissenschaft zugesprochen, wie wir dieß bei der exc. rei vend. et trad. finden (§ X. unter cc), als vielmehr es ward normaler Weise nur die schwächere Public. gegeben und dieselbe nun gegen die exc. dominii durch eine replicatio geschützt, eine Ordnung, für welche die Analogie spricht von Jul. 9 Dig. (D. XLIV, 3, 24) und Ulp. 16. 76 ad Ed. (D. VI, 1, 72. XLIV, 4, 4. § 32.), wozu vgl. A. 70, wie von Afric. 6 Quaest. (D. IX, 4, 28), wozu vgl. A. 35.

Durchaus parallel nun mit dem Thatbestande der beiden publicianischen Klagen, wie solcher durch die unter 1 und 2 dargelegten doctrinellen Erweiterungen gestaltet worden ist, wurden aber von der Wissenschaft die Erfordernisse der Usucapion festgestellt in deren der Duplicität der Public. entsprechenden zwiefältigen Function: denn für die Usucapion, welche das in bonis esse in das meum esse ex iur. Quir. umsetzt, wird von Gai. II, 41 nur possessio mit iusta causa[42]), dagegen für die Usucapion, welche die bon. fid. possessio in dominium umwandelt, wird von Gai. II, 43 (vgl. auch II, 49) nicht bloß possessio mit iusta causa, sondern auch bona fides erfordert.

Nach Alle dem ergeben sich aber für die beiden public. Klagen folgende ursprüngliche Unterscheidungsmerkmale und zwar für die stärkere Public., daß theils der dominus Beklagter ist, theils zum Thatbestande erfordert wird traditio ex

42) Vgl. Voigt, a. O. A. 104[a].

iusta causa von Seiten des dominus und nondum usucaptum esse, wogegen bei der schwächeren Public. ein non dominus Beklagter ist und zum Thatbestande erfordert wird traditio ex bonae fidei emtionis causa von Seiten eines Dritten, sei dieser dominus oder non dominus, wie auch nondum usucaptum esse. Dieser Sachverhalt aber und zwar der Umstand, daß die schwächere Public. eine bona fides erfordert, welche zur stärkeren Public. nicht nothwendig ist, regt nun die Frage an, ob der die stärkere Public. begründende Thatbestand immer auch zur Begründung der schwächeren Public. geeignet gewesen sei. Und diese Frage ist in der That zu bejahen, theils für die frühere Zeit und bevor die Tradition als Eigenthumserwerbmodus anerkannt war, weil hier die bona fides gar nicht anders aufgefaßt werden konnte, als in der bei A. 32 dargelegten Modalität, als guter Glaube nämlich, von demjenigen erworben zu haben, der zur Veräußerung befugt war, oder auch als guter Glaube, die betreffende possessio rechtmäßig erworben zu haben, gerade dieser gute Glaube aber der regelmäßige Begleiter der von dem dominus empfangenen traditio ex iusta causa war; theils aber auch für die spätere Zeit, wo die Tradition als Eigenthumserwerbmodus anerkannt worden war, weil hier die bona fides eine durchaus relative Stellung einnimmt: denn wenn jetzt auch derjenige, der von dem dominus den erkauften Sclaven einfach tradirt, nicht aber mancipirt erhält, dem dominus gegenüber insofern nicht in bona fide ist, als er weiß, daß diese Tradition nicht den Uebergang des meum esse ex iur. Quir., sondern lediglich das in bonis esse vermittelt, so ist doch wiederum jedem Dritten gegenüber der Accipient in bona fide, insofern er als Inhaber des in bonis esse Jenem gegenübersteht.

Im Uebrigen aber ist nur die schwächere Public. eine dingliche Klage, die stärkere dagegen eine persönliche, ein Punct, worauf in § VII. zurückzukommen ist.

## § VII.

### 5. Die publicianischen iura in re.

Die beiden publicianischen Klagen gewähren übereinstimmend einen Schutz einem von dem Eigenthumsrechte abgelösten, durch

Tradition begründeten Lebensverhältnisse, welches als possessio bezeichnet wird durch die Klagformeln in § V: si anno possedisset.

Dieses possidere, welches allerdings nur in mittelbarer Beziehung: in Form einer Fiction von jenem Lebensverhältnisse in der formula ausgesagt wird, ist jedoch in keiner Weise conform mit dem technischen Sprachgebrauche desjenigen Zeitalters, dem das public. Edict entstammt, des 6. Jahrhunderts nämlich, indem vielmehr noch das 7. Jahrhundert, wie die früheren Zeiten hinsichtlich des Besitzens im weitesten Sinne folgende technische Unterscheidungen bieten: tenere d. i. detiniren, somit die Detention bezeichnend, und habere d. i. besitzen mit der Absicht, das Object wie zu Eigen zu haben, somit den juristischen Besitz bezeichnend [43]); und dieses habere specialisirt sich in juristischer Beziehung wiederum zu dem uti, den usus des XII Tafelrechtes oder den Usucapionsbesitz, und dem possidere, anfänglich nur die possessio des Staatsrechtes d. i. den Interdictenbesitz bezeichnend, der jedoch später auch in das Privatrecht übergeleitet worden war [44]). Und zwar erhellt diese Ter-

---

43) Paul. 33 ad. Ed. (D. L, 16, 188. pr.): habere duobus modis dicitur, altero: iure dominii, altero: obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit; Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 9): habere dupliciter accipitur: nam et eum habere dicitur, qui rei dominus est, et eum, qui dominus quidem non est, sed tenet, wozu gleich als vulgärer Sprachgebrauch beigefügt wird: denique habere rem apud nos depositam solemus dicere; 68 ad Ed. (D. XLIII, 8, 2. § 38): habere eum dicimus, qui utitur et iure possessionis fruitur. So nun findet sich habere im foedus Latin. v. 261 (Thl. II, 155), XII Taf. V, 4: familiam habeto; S. C. de Campanis v. 544 nach Liv. XXVI, 34, 9. 10., Cic. de Inv. I, 45, 84 (§ XII z. E.); in Verr. III, 86, 199: habet idem in nummis, habet idem in urbanis praediis; vgl. A. 95, sowie tab. Iguv. I^b lin. 18: svepis habe; VI^b lin. 55: sopir habe. Noch prägnanter ist sibi habere in dem foed. Latin. v. 261 cit., im legatum sinendi modo (Gai. II, 209. u. a.) und per praeceptionem, wie in dem jüngeren Vindicationslegate (Thl. III A. 493. 494), in den Edicten in Dig. XLIII, 27, 1. pr. § 7., in den Kaufstipulationen (A. 105), in dem Testamente bei Scaev. 19 Dig. (D. XXXII, 1, 38. § 5), bei Plaut. Mil. I, 1, 23: me sibi habeto: ego me mancupio dabo, wie endlich auch als Umschreibung der dem Verkäufer ipso iure obliegenden Evictionshaftung, so z. B. Jul. 15 Dig. (D. XXI, 2, 8).

44) Nicht genügend ist Front. de Differ. Vocab. p. 278 Nieb.: habere potest etiam fur et nequam; possidet nemo nisi qui aut relictae aut

minologie daraus, daß zuvörderst das Rechtsverhältniß am ager privatus alle jene vier Stücke: das tenere und das habere, das uti, wie possidere enthält, dementsprechend nun die Begriffsreihe: habere, uti, possidere auftritt in

lex [Thor.] agr. v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 11: oetantur, fruantur, habeant po[ssideantque];

lex Anton. de Termess. v. 683 in C. J. L. I no. 204 lin. 16 fg.: quodque earum rerum (sc. agrorum, locorum, aedificiorum publicorum privatorumve) — — iei habuerunt, possederunt, us[ei fructeique] sunt lin. 26: habueru[nt, possederunt, usei fruct]eique erunt; lin. 32: habuerunt, possederunt, usei fructeique sunt; lin. 35: habere, possidere, utei frueique liceto.

Und in entsprechender Weise wird auch das Verhältniß zur fremden Sache bezeichnet in der

stipulatio Aquiliana (D. XLVI, 4, 18): quodve tu meum habes, tenes, possides,

wo nur das uti, weil es seine alte Bedeutung verloren hatte, aufgegeben worden ist, und wozu vgl.

Plin. Ep. I, 16, 1: tenet, habet, possidet; Paul. 33 ad Ed. (D. XVIII, 1, 34. § 1.): rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest; vgl. auch Cic. de leg. agr. III, 2, 8. 4, 14. (habere, tenere, possidere, und das Testament bei Scaev. 19 Dig. (D. XXXII, 1, 38. § 5.: sibique eos habere, possidere volo).

Und dann auch findet sich in dem Kaufsinstrumente v. J. 142 bei Mommsen in Monatsber. der Berl. Akad. 1857. I lin. 10 und IV lin. 2.: uti, frui, habere possidereque recte liceat, wo das uti, aus älterer Formel überliefert, gleichwohl nicht mehr in dem obigen alttechnischen Sinne zu nehmen ist, wenn immer auch in dem Kaufsinstrumente v. J. 159 bei Detleffen in Sitzungsber. der phil. hist. Cl. der kais. Akad. d. Wiss. zu Wien 1857. XXIII, 638 damit parallel sich vorfindet: habere, pos-

---

donatae rei aut emptae dominus est; ita in habente onus, in possidente ius est. — Hinsichtlich uti herrscht arge Begriffsverwirrung bei Burckhard in Ztschr. f. R. G. VII, 120 fg.

sidere usuque capere recte liceat. Dagegen in dem Kaufsinstrumente v. J. 129 bei Detlefsen a. O. 607 I lin. 11. steht wiederum nur habere possidere recte liceat.

Andrerseits bei demjenigen Privatrechte am ager publicus, welches ein Recht, in eigenem Namen zu besitzen, gewährt, fällt nun das uti aus, weil hier bei der res extra commercium die Usucapion versagt, so daß nur noch das habere und possidere verbleibt. Und diese Begriffsreihe bietet zunächst bezüglich des ager trientabularius:

lex [Thor.] agr. v. 643 cit. lin. 32: habere, frui, possidere, defendere licuit;

sodann bezüglich der staatsrechtlichen possessio:

lex agr. cit. lin. 40: [h]abere, possidere fruive petet;

Liv. VI, 36, 11: habere, possidere;

ferner bezüglich des ager publicus concessus in den Provinzen:

lex agr. cit. lin. 82: [habebit,] possidebit frueturve;

Decr. L. Aemil. Pauli v. 565 in C. J. L. II. no. 5041 lin. 6.: possidere habereque iousit;

endlich bezüglich des praedium provinciale:

lex agr. cit. lin. 50: habebit, possidebit [frueturque]; lin. 52: [habeat, pos]sideat fruaturque; lin. 91: haberent, [possiderent, fruenturque]; lin. 92: [habet possidetv]e fruiturve.

Wiederum für das Privatrecht am ager publicus, welches nur ein alieno nomine possidere begründet, fällt nun auch das habere im Allgemeinen hinweg, so daß nur noch das possidere verbleibt, so bezüglich des ager publicus, welchen Genua als vectigalis an die Veturii verlehnt hatte in

Sent. Minuc. v. 637 in C. J. L. I no. 199 lin. 24: po[si]dere fruique; lin. 29: posidere colereque; lin. 30: posidebunt fruenturque,

wogegen in lin. 32: nei habeito nive fruimino das habere nicht streng technisch für possidere eintritt.

Endlich auch bezüglich des ager privatus, welcher dem ius civile peregrinorum unterworfen ist, fallen die römischen Rechtsinstitute und damit das uti, wie possidere hinweg, so daß wiederum nur das habere im Allgemeinen verbleibt, so in

lex agr. cit. lin. 81: [leib]ereis regis Massinissae dedit habereve fruive iusi[t],

wogegen in dem S. C. de Asclep. das Verhältniß wiederum insofern sich anders stellt, als hier zwar ebenfalls Bürger einer libera civitas in Frage stehen, allein einer libera civitas innerhalb des römischen Reichsgebietes, und als sodann bezüglich der Rechtsverhältnisse des Asclepiades und Genossen die römische Jurisdiction nicht schlechthin ausgeschlossen, vielmehr vorbehalten war (Thl. II, 696), daher hier nun zwar das uti, als iuris civilis wegfällt, wohl aber doch habere und possidere verbleiben und die Rechtszuständigkeit Jener an den ihnen erworbenen hereditates bezeichnen:

S. C. de Asclep. v. 676 in C. J. L. I no. 203 lin. 17 der griechischen Redaction: ὅπως ταύτας (sc. κληρονομίας) ἔχωσιν, διακατέχω[σ]ιν, καρπεύωνταί τε, was für die lat. Redaction lin. 1 hinweist auf ein: habeant, possideant fruanturque.

Dagegen ist der alte technische Sprachgebrauch bereits aufgegeben, wenn in dem S. C. de libertate Plarasens. et Aphrodis. v. 715 im C. J. Gr. no. 2737[b] bezüglich der Grundbesitzverhältnisse jener zum römischen Reiche gehörigen liberae civitates gesagt ist: κρατῶσιν, χρᾶνται, καρπίζονται (possideant, utantur, fruantur): denn hiermit ist hingewiesen auf possidere im Sinne von besitzen, wie auf uti im Sine von benutzen.

Hierdurch allenthalben constatirt sich aber eine zwiefache Thatsache: einmal, daß das si quam rem — anno possedisset der Klagformel mit der Terminologie des 6. und 7. Jahrhunderts nicht harmonirt, vielmehr der Letzteren nur ein si quam rem oder si qua re — anno usus esset entsprechen würde; und hieraus entnehmen wir die Bestätigung der in § VIII. darzulegenden Thatsache, daß die obige Formel nicht die ursprüngliche, als vielmehr nur eine jüngere und zwar nicht älter als das 8. Jahrhundert sein kann: denn von Vorn herein wurde die Public. nicht in Form des agere per formulam petitoriam, als vielmehr des agere per sponsionem gekleidet, wo nun die obige Fiction gar nicht in Anwendung kam, vielmehr jede Bezeichnung des Besitzverhältnisses an sich hinwegfiel.

Und sodann ergiebt sich, daß das Besitzverhältniß, welches die publicianischen Klagen schützen, das habere oder sibi habere im Allgemeinen ist: denn usus und possessio können durch dieselben zwar recht wohl geschützt werden, finden aber doch in jenen Klagen durchaus nicht ihren berufsmäßigen Schutz, indem vielmehr der Thatbestand der Public. weder mit dem des Usucapionsbesitzes (A. 37), noch mit dem des Interdictenbesitzes nothwendig sich deckt. Und indem sonach ein habere durch die beiden publicianischen Klagen dinglich geschützt wird, so gestaltet sich nun in Folge dieses Schutzes jenes habere zu einem habere licere oder auch sibi habere licere. Und so nun wird in der That auch das durch die Public. geschützte Besitzverhältniß von den prätorischen Edicten in Dig. XLIII, 27, 1. pr. und § 7 umschrieben: „sibique habere liceat."

Mit dieser Construction schloß aber die Theorie des 6. Jahrh. und der nächstfolgenden Zeit ab: die Theorie bestimmte jenes von dem Eigenthumsrechte abgelöste, durch Tradition begründete, durch die public. Klagen geschützte Lebensverhältniß als ein habere d. i. einen juristischen Besitz, der auf Grund dieses Schutzes in ein habere licere d. i. in ein Besitzrecht oder ius possidendi sich umwandelte. Dagegen die weiteren Consequenzen: daß, wenn jenes habere licere geschützt war, vor solcher Klage doch auch ein Recht des Klägers stehen muß, dessen Ausfluß und Wirkung jene Klage ist, und daß, insoweit die Klage eine dingliche ist, auch dieses Recht selbst ein dingliches d. h. ein ius in re sein muß, sind von der Theorie jener Zeiten nicht gezogen worden, indem nicht die leiseste Andeutung von etwas Derartigem in den Quellen sich vorfindet, vielmehr auch noch bei der a. emti die Verbindlichkeit des venditor als Prästation des habere bestimmt wurde.

Vielmehr erst gegen Ausgang des 7. Jahrh. ergriff die Theorie jenen Stoff zu weiterer doctrineller Verarbeitung und die Aufgabe sich stellend, die Rechte theoretisch zu construiren, welche als nothwendige Voraussetzung den beiden public. Klagen zu Grunde liegen und voraufgehen. Der Schutz selbst aber, welchen die beiden public. Klagen gewährten, war nach § VI einestheils ein dinglicher: in der schwächeren Public., welche wider jeden Besitzer mit Ausnahme des dominus sich richtet, und andern-

theils ein persönlicher: in der stärkeren Public.; denn indem diese Klage nicht nur traditio ex iusta causa von Seiten des dominus voraussetzt, sondern auch gegen den dominus allein sich richtet, so ist dieselbe, trotzdem sie sich in Form der ficticia rei vindicatio kleidet[44a]), in Wahrheit gleich der ältesten exc. rei vend. et trad. (§ XI a. E.) doch nur eine persönliche (§ VI unter 5). Indem jedoch nach § VI im Falle der von dem dominus geschehenen traditio ex causa emtionis und späterhin nach Maaßgabe der Interpretation in § VI unter 1 der traditio ex iusta causa schlechthin der Erwerber die beiden public. Klagen hat: die stärkere wider den dominus und die schwächere wider den non dominus, so gewinnt nun jener Thatbestand in beiden Klagen zusammen den umfassendsten dinglichen Schutz; und den gleich dinglichen Schutz, wenn auch beschränkter, weil nicht gegenüber dem dominus gewährt, genießt auch der Thatbestand, dafern Jemand von dem non dominus ex causa bonae fidei emtionis tradirt erhält. So daher wies diese Rechtsordnung, indem sie beiden Thatbeständen einen dinglichen Schutz gewährt, ohne Weiteres darauf hin, daß jene Thatbestände die Grundlage seien von zwei iura in re aliena, welche selbst nun zwar als verwandt dem meum esse ex iur. Quir., nicht aber als identisch mit diesem sich erwiesen, da ja die Klage aus jenen Rechten nicht rei vindicatio ist, obwohl sie gleich dieser auf Restitution der res ipsa wider den dritten Besitzer sich richtet[45]).

Insbesondere nun gegenüber dem mit der stärkeren und schwächeren Public. geschützten Thatbestande griff die Theorie zu dem bisher untechnischen und rein vulgären Ausdrucke dominus (Herr): sie erhob diesen Ausdruck zum technischen Begriffe und zur Bezeichnung vom Inhaber des ius in re propria[46]),

---

44a) Wegen anderer persönlicher Klagen in Form der vindicatio utilis vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 85 unter III.

45) Selbst Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 6) sagt noch von der stärkeren Publiciana: ad instar proprietatis — respicit, so daß nicht eine ächte proprietas ihr unterliegt; sodann Paul. 1 ad Ed. Praet. (D. XLIV, 7, 35) in Bezug auf beide public. Klagen: Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur, wo die rescissoria Publiciana den Gegensatz bildet.

46) Vgl. Curtius, gr. Etym. 218, und so z. B. bei Cic. p. Balb. 13

späterhin dann auch dieses ius selbst als dominium technisch bezeichnend [47]). Und diesem dominium subsumirte man als seine beiden Unterarten [48]) ebenso das meum esse ex iur. Quir., als das dominium legitimum [49]), wie auch das durch die beiden publician. Klagen geschützte Recht, welches nun als das dominium honorarium dem legitimum oder civile sich gegenüberstellte und für welches als technische Bezeichnung in bonis esse oder habere adoptirt ward [50]). Und indem man so ein zwiefaches dominium statuirte, so löste sich hierdurch zugleich der

---

81: haec sunt — fundamenta firmissima nostrae libertatis, sui quemque iuris et retinendi et dimittendi esse dominum und so auch Plaut. Trin. IV, 3, 1. Merc. I, 1, 44. Poen. I, 1, 30. Varr. Gerontodid. bei Non. 86, 11 (p. 141 Riese), Syneph. bei Non. 355, 3 (p. 220 R.), wie auch nach der Interpretation des S. C. Silanianum v. 10 bei Ulp. 50 ad Ed. (D. XXIX, 5, 1. § 1. fg.). Dagegen dominus als Eigenthümer in den leges privatae bei Cat. RR. 144, 1. 2. 3. 145, 1. 2. 3. 146, 1. 2. 3. 147. 148, 1. 2. 149, 2. 150, 2.; in dem Lagereide v. 564 bei Cinc. de re mil. (Gell. XVI, 4, 2): domino suo, cuium id censebis esse, reddes; in Plaut. Trin. I, 2, 140. Rud. III, 4, 39. IV, 3, 16. 26. 30. Most. III, 1, 156. Poen. III, 1, 32. Cat. RR. 1, 4. 5, 2. 3. 7, 1. 14, 3. 15, 1. 2. c. 16. 55. 113, 1. 142. Varr. RR. I, 2, 17. 22, 6. II, 1, 15. 2, 6. 6, 3. 7, 6. 9, 7. Edict. praet. bei Cic. p. Quinct. 27, 84. S. C. v. 743 bei Frontin. de Aquis II, 108: quoad idem domini possiderent id solum; lex Quinctia v. 745 das. II, 129: domini possesoresve; Ter. Phorm. V, 1, 26. Eun. III, 2, 33. 43. Ad. IV, 2, 16. Cic. de Off. I, 14, 43: iusti domini, u. ö. lex Jun. Norb. v. 19 (Thl. II A. 826): qui voluntate domini in libertate fuerit; und vielleicht bereits die lex Aelia Sentia v. 4 nach Gai. I, 17. Dagegen herus, hera, welches noch bei Plaut. und Ter. überwiegt, verschwindet später; bei Cicero findet es sich nur de Off. II, 7, 24.

47) So Sen. de Ben. (2. Hälfte des 1. Jahrh. n. Chr.) VII, 5, 1: in rebus suis dominium habeat. Dagegen dominium für Tischgesellschaft, Banket bei Cic. in Verr. III, 4, 9. Lucil. 13 Sat. bei Non. 281, 26. und wohl in Turpil. Philop. bei Non. cit. (p. 93 Ribbeck). Endlich für Herrschaft in Laber. Epheb. bei Macr. Sat. VI, 5, 15. (p. 243 Ribb.)

48) Gai. I, 54. II, 40. 41.

49) Varr. RR. (717) II, 10, 4: in emtionibus (sc. servorum) dominum legitimum sex fere res (s. A. 88) perficiunt: si haereditatem iustam adiit, etc.

50) Bei Cic. ad Fam. (708) XIII, 30, 1: est hodie in bonis, bezeichnet das in bonis esse nicht das potentielle Verhältniß: das Eigenthums-Recht, als vielmehr das actuelle Verhältniß: den Eigenthums- oder Erbschafts-Besitz.

Widerspruch, daß der stärkeren Public. ein dominium zu Grunde lag und gleichwohl dieselbe nach dem Edicte doch wiederum gegen den dominus selbst sich richtete. Ueberdem ordnete man jenem in bonis esse auch noch zwei andere Rechtsverhältnisse ein, welche verwandt waren mit dem stärkeren public. ius in re, nämlich das durch bonorum possessio und bonorum emptio begründete dingliche Rechtsverhältniß an der Sache [51]). Dieses honorarische dominium aber hat nicht nur insoweit die gleiche Wirksamkeit und Macht, wie das legitimum dominium, als es in den beiden publicianischen Klagen dinglich gegenüber dem dritten Besitzer der Sache bewehrt ist, sondern es ist sogar insofern noch machtvoller und wirksamer als jenes Letztere, indem es sogar dem legitimus dominus gegenüber ebenso mit exc. rei venditae et traditae (§ IX), wie auch mit einer Klage bewehrt ist, gegenüber welcher die exc. iusti dominii versagt, während wiederum in anderen Beziehungen das honorar. dominium schwächer ist als das legitimum, so indem sein Object nicht res censui censendo und nicht fähig der obligatio praedii durch subsignatio pro praede war, ingleichen nicht zum legatum per vindicationem sich qualificirte, nicht zur manumissio (solemnis) sich eignete und dergl.

Jene dingliche Klage selbst aber, mit welcher das in bonis esse nach seiner obbezeichneten Erweiterung und Consolidirung bewehrt war, ist nicht, wie bei dem legitimum dominium, eine einige, analog der rei vindicatio, als vielmehr es treten an deren Stelle fünf verschiedene Klagen ein und zwar

a. für das in bonis esse aus der Bon. Poss. eine rei vindicatio ficticia, dahin sich formulirend: Si Aulus Agerius Lucio Titio heres esset, tum si hominem Stichum, quo de agitur, eius esse oporteret [52]), etc.

---

51) Gai. III, 80.

52) Gai. IV, 34. (wo jedoch de quo, nicht quo de agitur) 111. III, 80. Ulp. XXVIII, 12. vgl. Keller, Civ.-Pr. § 31. Hatte der Erblasser die Publiciana, so nimmt nun dieselbe beim bon. possessor doppelte Fiction in sich auf: Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 9). — Dagegen nicht diese Klagen als vielmehr die Publiciana hatten der successor ex S. Cto Trebelliano und der, cui libertatis causa bona addicuntur vgl. Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 12. § 1).

b. für das in bonis esse aus der bon. emptio je nach Verschiedenheit der Fälle bald die a. Rutiliana, eine formula mit subjectiver Umstellung, bald die a. Serviana, eine ficticia actio[53];

c. endlich für das publicianische in bonis esse bei Klage wider den non dominus die schwächere Public. in rem, bei Klage wider den dominus die stärkere Public. in personam[54]. Und indem man nun auch bei den missiones in possessionem, welche nicht lediglich ein in possessione esse, sondern eine possessio begründeten, das in bonis esse anerkannte[55], so griff nun auch in diesen Fällen die Public. Platz, so bei missio in possessionem servi ex noxali causa non defensi und bei missio in possessionem ex secundo decreto wegen damnum infectum[56].

---

53) Gai. IV, 53. III, 80. Keller, Semestr. I, 76 fg. Civ.-Pr. § 81. 82.

54) Unterholzner im Rhein. Mus. für Jurispr. I, 139. 141. V. 17 fg. Schilling, Inst. § 174. u. A. geben aus dem in bonis esse eine von der Public. verschiedene vindicatio ficticia; Vangerow, Pand. § 295. A. 2 unter 2 dagegen eine vindicatio directa mit der intentio: si paret rem, q. d. a., Auli Ag. esse; beide Ansichten aber sind nicht allein völlig unbescheinigt, sondern werden auch widerlegt durch Frontin. de Contr. 44, 8. Agen. Urb. de Contr. 75, 1: iure Quir. peti debet proprietas loci, wonach es eine vindicatio nur als petitio iure Quir. gab. Noch andere Vermuthungen s. bei Sell, a. O. 368 fg. — Daß aus dem in bonis esse die Public. gegeben ward, wird außer den Stellen in A. 56 auch bewiesen durch Jul. bei Pomp. 2 ex Plaut. (D. XXI, 3, 2) und bei Ulp. 16 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 32), worüber vgl. A. 71, sowie dadurch, daß, wie bereits Obrock, a. O. 26 fg. und Zimmern im Rhein. Mus. f. Jur. III, 341 fg. hervorheben, die nur tuitione praetoris bestehenden Servituten durch die Publiciana geschützt sind, jenes Servitutenrecht aber nicht der bon. fid. possess., sondern dem in bonis esse parallel ist. Vgl. auch Hesse, Rechtsverh. zw. Grundstücksnachbarn I, 158 fg. Zimmern, a. O. III, 330 fg.

55) Keller. Civ.-Pr. A. 914. Schilling, Inst. § 152. m—o. 240. ii. kk. Insbesondere Ulp. 53 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 15. § 33) bezeichnet das Verhältniß durch possidere iure dominii.

56) Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 2, 6): si servum ex noxali causa, quia non defendebatur, iussu praetoris duxero et amisero possessionem, competit mihi Publiciana; Afric. 6 Quaest. (D. IX, 4, 28), wozu vgl. A. 35. — Paul. 48 ad Ed. (D. XXXIX, 2, 18. § 15): si is, qui iussu praetoris coeperat possidere et possidendo dominium capere, — — eiectus inde fuerit, — — Publicianam actionem habere potest, gegen welche Stelle Mayer in Ztschr. f. gesch. R. W. VIII, 26 das Bedenken er-

Dahingegen das der schwächeren Public. allein entsprechende Recht ward weder als dominium anerkannt, noch als in bonis esse bezeichnet, vielmehr ward dafür die technische Benennung bonae fidei possessio adoptirt und solche als ein ius in re aliena anerkannt, somit als ein honorarisches ius in re aliena, welches zwar dem dominus gegenüber macht- und effectlos war, wohl aber dem non dominus gegenüber mit ius possidendi, wie mit gewissen anderweiten Attributen des Eigenthumsrechtes ausgestattet worden ist [57], und welches nun in der schwächeren Public. die schützende Klage findet, in deren Gebrauch aber mit dem in bonis esse sich theilend.

## § VIII.

### 6. Das Alter des publicianischen Edictes.

Das publicianische Edict führte nach Inst. IV, 6, 4 seinen Namen von einem Prätor Publicius, der es zuerst proponirte. Die Quellen überliefern uns nun zwei Prätoren dieses Namens:

---

hebt, es sei nicht gesagt, daß wider den dominus immittirt worden, während solches doch gerade daraus ohne Weiteres folgt, daß Paul. nicht sagt, es sei wider den bon. fid. possess. immitirt worden. Und diese Publiciana ist denn auch zu verstehen, wenn Ulp. 20 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 9) von dem missus sagt: vindicationem habere possit. — Wenn Keller, Inst. 38 für die Fälle der missio in possess. eine Klage mit einer eigenthümlichen Fiction statuirt, so würde dieß entweder eine eigenartige und anderweite Klage sein: und dieß wird widerlegt durch die citirten Stellen, welche die Public. bekunden; oder es würde eine in concreto eintretende, besondere Fiction in der Public. sein: und ein solcher Wechsel der Fiction ist absolut unvereinbar mit der Wesenheit der intentio: § V. Ueberdem ist die vorausgesetzte specielle Formulirung der intentio gar nicht so dringend, als es scheint, da der Vollzug der missio recht wohl dem Gesichtspunkte der Tradition sich unterordnet: bei missio ex secundo decreto der traditio brevi manu, bei missio aus dem 1. Decrete der Tradition schlechthin. Ward insbesondere bei absentia domini die missio ertheilt, so geschah die Tradition von einem Dritten, allein dießfalls konnte auch wegen jener absentia domini nur die schwächere Public. wider den non dominus in Anwendung kommen; denn kehrte der dominus zurück, so ward demselben nachträglich defensio gegeben und somit das Verhältniß neu geordnet: Paul. 6 ad Ed. (D. II, 9, 2. § 1).

57) Gai. III, 166; dominus — minus — iuris in ea re habere intelligitur, quam usufructuarius et bonae fidei possessor. — Vgl. Ihering, Abhandlungen no. 2.

M. Publicius Malleolus, der nach den Fasti Capitol. 522 Consul und somit nach den leges annales 519 Prätor war, so wie Qu. Publicius, Prätor v. 685, dessen Cic. p. Cluent. 45, 126 gedenkt [58]). Dieser Letztere wird nun von Hugo, R. G. II S. 525 u. A. für den Autor des fraglichen Edictes gehalten, allein irrthümlicher Weise, da das Edict sicher bereits vor die Mitte des 6. Jahrh. gesetzt werden muß. Und dieß zwar theils um deßwillen, weil die a. emti bereits dem Sext. Aelius Paetus Catus, sonach der Mitte des 6. Jahrh. bekannt war (§ XV), das public. Edict aber älter ist, als die a. emti (§ II); theils aber auch um deßwillen, weil bereits Plaut. zahlreiche Beispiele darbietet, wo der Kauf über den Sclaven durch Tradition allein vollzogen wird und zwar unter Umständen, bei denen ein solcher Geschäfts-Vollzug durchaus nur dadurch erklärlich wird, daß der Erwerber einen rechtlichen Schutz dawider genoß, daß der Verkäufer das tradirte Object nicht treubrüchig vindicirte oder daß bei sonstigem Besitzverluste der andere Besitzer dasselbe an sich behielt [59]).

Ist daher um deßwillen das public. Edict dem M. Publicius Malleolus, Prätor v. 519 beizulegen, so sind nun auch nicht stichhaltig die Bedenken, welche hiergegen von Keller, Civ. Pr. § 28 a. E. erhoben werden in den Sätzen: die Public. in rem, als formula petitoria, ist Nachbildung der formula petitoria für die rei vindicatio; folglich muß die Public. jünger sein als diese letztere formula petitoria, welche Cicero „im J. 684 wie etwas nicht ganz Neues erwähnt" und welche über die Mitte des 7. Jahrh. zurückzudatiren keine Andeutung vorliegt. Allein ist schon die Prämisse unerwiesen, es sei die formula petitoria der Public. Nachbildung der form. petit. der vindicatio, so ist noch weniger haltbar die stillschweigend vorausgesetzte Thatsache, daß von allem Anfange an die Public. in das Gewand der formula petit. gekleidet gewesen sei. Viel-

58) Der praet. urb. v. 516: L. Publicius Malleolus beruht nur auf einer Vermuthung von Pighius.

59) Plaut. Curc. IV, 2, 8 fg. Pers. IV, 3, 55 fg. 63. 4, 113—121. 5, 4. 6, 1—3. 7, 5. Epid. III, 2, 28 fg., wo insgesammt ein leno und zwar civis der Verkäufer und ein civis Abkäufer ist; Merc. II, 3, 112. Später dann auch Varr. RR. II, 10, 5.

mehr ist es durchaus sichere Thatsache, daß die formula in § V mit ihrem „si anno possedisset“ nicht dem 6. Jahrh. angehörte, weil die Verwendung des Ausdruckes possidere zur Bezeichnung des Usucapionsbesitzes der technischen Sprache jenes Zeitalters durchaus fremd ist, vielmehr hierfür der Ausdruck uti eintritt, während possidere einzig und allein den Interdictenbesitz bezeichnet. Dadurch aber wird vielmehr die Annahme begründet, daß von vornherein, gleich wie die rei vindicatio (Gai. IV, 93), so auch die Public. in das agere per sponsionem mere praeiudicialem sich kleidete, somit also in die Stipulation:

Si hic homo, quo de agitur, a te mihi traditus est ex justa causa, oder respective:

Si hunc hominem, quo de agitur, bona fide emi et is mihi traditus est, decem dare spondesne?

und erst später dann beide Klagen in die formula petitoria und die Fiction der vollendeten Usucapion eingekleidet worden sind.

## § IX.

### B. Die exceptio rei venditae et traditae.

#### 1. Die Function der exc. rei vend. et trad.

Die exc. rei vend. et trad.[60]) versieht im justinianischen Rechte nach Dig. XXI, 3 die Function, der emtio und traditio rei dann einen defensiven Schutz zu gewähren, wenn der Nichteigenthümer einer Sache dieselbe veräußerte und tradirte und der Eigenthümer solche Sache unter Verhältnissen vindicirt, aus welchen demselben die Verbindlichkeit erwächst, solche Veräußerung zu respectiren, so z. B. wenn vor angestellter Vindication der Veräußerer Eigenthümer oder der Eigenthümer Erbe des Veräußerers geworden war. Für die rechtshistorische Unter-

60) Monographieen sind: L. J. Delwarde, quid sit exc. rei vend. et trad. etc. Lovan. 1823. G. W. Albers, de exc. rei vend. ac trad. Götting. 1824. A. L. J. Michelsen, de exc. rei vend. et trad. Berl. 1824. v. Buchholtz, Vers. no. 13. F. Wiebeking, über d. exc. rei vend. et trad. Münch. 1847. Ueberdem vgl. Glück, Pand. XX, 434 fg. Mayer in Ztschr. f. gesch. R. W. VIII, 37 fg. Sell, röm. Lehre v. Eigenth. 2. Aufl. 382 fg. Vangerow, Pand. § 334. A. 3. Leist, Bon. Poss. I, 264 fg.

suchung knüpft sich nun hieran eine doppelte Frage, welche von capitaler Wichtigkeit und für den Gang der Untersuchung von unmittelbar entscheidender Bedeutung ist, zunächst nämlich die Frage, ob auch in dem vorjustinianischen Rechte eine gleich beschränkte Function jener Exception zukam, oder ob hier dieselbe den Beruf hatte, das dominium des Inhabers vom in bonis esse gegen die rei vindicatio des legitimus dominus zu schützen, somit parallel ging der stärkeren Publiciana oder, mit Einem Worte, das dieser Klage correspondirende defensive Rechtsmittel war; und sodann die Frage, ob bejahenden Falles dieser defensive Schutz desjenigen Thatbestandes, zu dessen aggressiver Vertheidigung die Publiciana geschaffen wurde, die historisch älteste Function unserer Einrede, deren historische Tendenz und historisches Motiv ergiebt.

Jene erstere Frage ist von Niemand verneint worden: es wird allseitig anerkannt, daß die exc. rei vend. et trad. geeignet war, zum Schutze des in bonis esse zu dienen; dagegen die zweite Frage ist bejaht worden von Michelsen a. O. 24 fg., dem namentlich beitreten Leist und Sell a. O., dagegen verneint worden von Mayer a. O., welchem Vangerow a. O. beistimmt.

Die bezügliche Argumentation Mayers ist folgende: nachdem derselbe S. 41 die zwiefältige Function der Exception anerkannt hat, einmal die vom Nichteigenthümer vollzogene Tradition gegen die Vindication des Eigenthümers zu schützen, und sodann im vorjust. Rechte das in bonis esse gegen die Vindication des legitimus dominus zu schützen, so wird nun hierneben als neue These gestellt, daß jener erstere, nicht aber dieser letztere Schutz die ursprüngliche Function der Exception ergebe. Indem jedoch S. 42 fg. der Beweis dieser letzteren These angetreten wird, so wird auch sofort das thema probandum selbst changirt und der negative Beweis gar nicht darauf gerichtet, worauf er angeblich gerichtet ist, daß nämlich nicht ursprünglich die Exception das in bonis esse schützte, als vielmehr darauf, daß überhaupt gar nicht die Exception das in bonis esse schützte, so daß Mayer wider den S. 41 als wahr anerkannten Satz S. 42 fg. den Unwahrheits-Beweis antritt, während für den S. 42 als thema probandum hingestellten Satz der Beweis

gar nicht geführt wird. Jener wirklich geführte Beweis aber wird auf folgende Beweisgründe gestützt:

a. weil die Exception bereits zur Zeit der classischen Juristen die ihr im justin. Rechte verbliebene Function versah, so versah sie nicht zur Zeit Jener die ihr im justin. Rechte nicht zukommende zweite Function, das in bonis esse zu schützen (S. 42). Allein dieß ist kein Beweisgrund, sobald man nicht etwa jede Fortbildung des Rechtes von der Zeit der Republik bis auf Justinian negiren will;

b. hätte die Exception zum Schutze des in bonis esse gedient, so mußte sie bei der rei vindicatio, nicht aber bei Kauf und Eviction abgehandelt werden (S. 43). Allein an welcher Stelle in den vorjustinianischen Rechtswerken, welche allein hier in Betracht kommen können, die Exception abgehandelt worden ist, ist zunächst hinsichtlich des Sabinussystemes gar nicht festzustellen, vielmehr bleibt sogar sehr fraglich, ob dasselbe jener Exception überhaupt einen eigenen Abschnitt widmete; dagegen in den Institutionen-Systemen fand die Exception sicher keine eigene Stelle, wie wir namentlich aus den Institutionen von Gai. und Iust. ersehen. In dem Edicte aber und folglich auch im Edictssysteme stand die Exception gar nicht bei Kauf und Eviction, als vielmehr im Abschnitte De Exceptionibus. Im Uebrigen aber beweist jenes Argument zu viel: denn, da zu dem Abschnitte über die rei vindicatio überhaupt gar keine das in bonis esse wider die Vindication des legitimus dominus schützende Exception als eigener Abschnitt angefügt war, so würde nach Maaßgabe jenes Argumentes das in bonis esse auch gar keinen derartigen Schutz durch Exception genossen haben [61]);

c. weil die exc. rei vend. et trad. unanwendbar war zum Schutze der Bon. Poss. wider den heres legitimus, wie zum Schutze des in possessionem missus wider den dominus legitimus, so war sie auch unanwendbar für alle übrigen Fälle des in bonis esse (S. 45). Allein die Beweiskraft dieses Argumentes liegt in der unausgesprochenen Prämisse, daß ein gegebenes Rechtsinstitut immer nur durch ein einiges Rechtsmittel

61) Andere Gegengründe s. bei Leist, a. O. 465.

je aggressiv, wie defensiv geschützt ist; und diese Prämisse ist unwahr, da z. B. das pignus praetorium durch andere Rechtsmittel als das pignus conventionale geschützt ist [62]), und da das in bonis esse selbst eigenartige Klagen für den Fall der Bon. Poss. und Bon. Empt. hat (§ VII a. E.) [63]).

Dagegen soll nach der Ansicht von Mayer (S. 45) und Vangerow a. O. der Schutz des in bonis esse in der fraglichen Richtung durch die exc. doli mali gewährt worden sein. Allein dem steht entgegen, daß erstens diese Exception, gegen andere Klagen als bon. fid. act. gerichtet, erst vom J. 688 datirt, wo sie nach Cic. de Off. III, 14 fg. vom Prätor C. Aquillius Gallus eingeführt ward, demnach aber weit jüngeren Datums ist, als das in bonis esse selbst, so daß unter jener Voraussetzung dieses selbst längere Zeit hindurch vollkommen schutzlos gewesen sein würde gegenüber der Vindication des legitimus dominus; daß sodann, namentlich bei der Neigung der späteren Jahrhunderte, die Anwendbarkeit der exc. doli immer mehr und mehr zu verallgemeinern, gar kein historisches Motiv zu ersehen ist, weßhalb man überhaupt die exc. rei vend. et trad. geschaffen und in Concurrenz mit der angeblich zur Anwendung bereits berufenen exc. doli gestellt hätte; daß ferner die Vorkommnisse, in denen noch im justin. Rechte die exc. rei vend. et trad. Platz greift, so selten im Leben hervortreten, daß sie als die zureichende historische Veranlassung nicht gelten können, welche die Schaffung einer eigenartigen Exception neben der exc. doli erklärte; und daß endlich Marcell. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. pr.) ausdrücklich bezeugt, wie die exc. rei vend. et trad. wider denjenigen gegeben ward, dem nicht das in bonis esse zustand, der vielmehr als legitimus dominus vindicirte und zwar von demjenigen Beklagten vindicirte, dem selbst das in bonis esse zustand (A. 71), gleicher Thatbestand

62) Dernburg, Pfandr. I, 313 fg.

63) Andere Gegengründe s. bei Leist, a. O. 266. — Das einzige Argument, welches Vangerow a. O. aufstellt, ist: eine unbefangene Betrachtung der juristischen Quellenzeugnisse widerstrebt der Annahme, daß die exc. rei vend. et trad. von Vorn herein zum Schutze des in bonis esse berufen war. Allein das ließe sich doch nur dann hören, wenn unsere Quellen nicht so arg verstümmelt wären.

aber auch in allen den Fällen vorliegt, wo der venditor selbst zugleich der Vindicant ist, wie bei Lab. und Pomp. in § X unter 2 f.

Hiernach aber erscheint die Annahme gerechtfertigt, daß die exc. rei vend. et trad. im vorjustin. Rechte ebenso den Beruf hatte, als das der stärkeren Publiciana parallele defensive Rechtsmittel zu dienen, auf welches hinweist

Modest. 7 Reg. (D. XLI, 1, 52): rem in bonis nostris habere intelligimur, quoties possidentes exceptionem aut amittentes ad recuperandam eam actionem habemus;

als auch daß in dieser Function die historische Veranlassung und das historische Motiv zur Proponirung der Exception zu erblicken ist.

## § X.

### 2. Der Thatbestand der exc. rei vend. et trad.

Die exc rei vend. et trad. war in dem Edicte proponirt in dessen Abschnitte über die Exceptionen und demgemäß behandelt in

Ulp. 76 ad Ed.: D. XXI, 3, 1. L, 16, 67. pr. L, 17, 150.,

wogegen nichts Bezügliches überliefert ist aus Pomp. ad Ed., Gai. 30 ad Ed. prov. u. Paul. 71 ad Ed.;

und sodann in den Digestenwerken in

Cels. 25 Dig.: D. XXVII, 5, 2. vgl. Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 3),

wogegen nichts direct überliefert ist aus Marc. 19, Jul. 51, Scaev. 27 Dig.

Und ebensowenig ist etwas Einschlagendes erhalten aus Pap. 27 Quaest. u. Paul. Sent. Rec. V (zwischen Tit. 6 u. 7).

Diese Dürftigkeit der Ueberlieferung aus den die Exception professionell behandelnden Quellen erklärt sich daraus, daß, indem Justinian durch Cod. VII, 25, 1. das nudum ius Quirit. aufhob, die exc. rei vend. et trad. ihre Anwendbarkeit in den häufigsten Fällen und damit zugleich ihr vornehmliches, ja wir dürfen sagen, ihr normales Herrschaftsgebiet verlor, so daß nur noch für praktisch untergeordnete und seltenere Vorgänge ein Raum für die Exception verblieb, in Folge dessen aber der bei

Weitem größte Theil des Quellenmaterials für das justinianische Recht unpraktisch und unbrauchbar und in Folge dessen beseitigt wurde.

Immerhin aber ergeben die Quellen für die exc. rei vend. et trad. folgende wesentliche Momente:

1. die Exception stellt sich vor Allem der rei vindicatio entgegen, setzt somit als Kläger den Eigenthümer der Sache voraus: denn der Klage des non dominus würde die negative Lit. Contestation, nicht aber unsere Exception entgegentreten. Zweifelsohne trat daher die Exception auch der stärkeren Public. entgegen, da solche als Vindication für den Inhaber des in bonis esse fungirt, und ebenso wohl auch der schwächeren Public. des bon. fid. possessor [63a]).

2. Für den Thatbestand, welcher die Exception begründet, werden folgende Momente erfordert:

a. emtio als causa traditionis, wie dieß der Name der Exception ergiebt, somit ein entgeltlicher Veräußerungsvertrag, sei dieß contractus, wie z. B. Stipulation, sei es pactum, wie z. B. permutatio (§ XII), wobei, entsprechend wie bei der Public. (A. 30. 33), selbstverständliche Voraussetzung ist, daß solche emtio nicht etwa vom Gesetze für nichtig erklärt ist [64]). Und ebenso ward auch hier, wie bei der Public., von der Rechtswissenschaft einerseits die emtio zur alienatio im Wege der Interpretation verallgemeinert (§ XIII unter B 1 b) [65]), wie andrerseits das Erforderniß ausgesprochen, daß, dafern die emtio ein entgeltlicher Veräußerungsvertrag ist, die Statthaftigkeit der Exception bedingt ist von der geschehenen Leistung des Aequivalentes: dem pretium solutum [65a]), ein Satz, der späterhin

63a) So auch Wiebeling a. O. 39.

64) Cels. 25 Dig. (D. XXVII, 5, 2) und bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 3), Ulp. cit. (D. cit. § 2. 5), Diocl. et Max. im C. Just. V, 71, 16. vgl. Marc. 7 Dig. (D. XXIII, 5, 17). Ist die emtio nicht ipso iure nichtig, sondern nur ope exception. elidirbar, so stellt sich unserer exc. die betreffende replicatio entgegen, so z. B. S. C. Vellaeani, wie bei Pomp. 1 S. C. (D. XLI, 1, 32. § 2).

65) Vgl. A. 17, sowie Pomp. 2 ex Plaut. (D. XXI, 3, 2), Ulp. 16. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 32. VI, 1, 72. vgl. XXI, 3, 1. § 2).

65a) Daher ist im Falle der Schenkung nicht mit Franke, Civ. Abh.

die Zulassung der cond. causa data causa non secuta in den einschlagenden Fällen ermöglichte. Und endlich ward sodann jener zum alienare erweiterte Begriff des vendere zweifelsohne in der gleichen Weise künstlich extendirt, so z. B. auf Damnationslegat, wie wir dieß bei der Public. (§ VI unter 1) fanden, indem hierauf die Behandlung, welche dem Begriffe emtio Seitens der Theorie zu Theil wurde (§ XIII unter B 2), hinweist. Immerhin aber treten in dieser Beziehung gewisse Beschränkungen hervor, die sich theils ebenfalls bei der Public. finden (A. 39 a. E.), theils aber nur der Exception eigenthümlich sind. In der ersteren Beziehung aber sind es die Bon. Poss. und die Bon. Empt., wo an Stelle der exc. rei vend. et trad. die exc. doli mali eintritt[66]; in der letzteren Beziehung aber sind es theils die Fälle der missio in possessionem, insoweit solche nicht bloß in possessione esse, sondern possessio giebt, wo exc. doli eintritt[67], und die Fälle, in denen der „emtio" bezügliche pacta adiecta eingefügt sind, wo nun an Stelle der exc. rei vend. et trad. entweder ebenfalls exc. doli oder eine exc. in factum, concipirt auf solches pactum adiectum, tritt[68].

b. Traditio, auf welche der Name der Exception hinweist und welche, wie bei der Public. (A. 29), eine veräußernde Uebertragung der possessio vermitteln muß, ohne jedoch das meum

---

58 fg. die exc. doli zu statuiren. Und dieß bestätigt auch Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 259), wo der rei vindicatio der Erben des Schenkers eine exc. gegenübersteht, dieser wider die replicatio leg. Cinciae, und solcher endlich die duplicatio doli, und wo nun jene Exception doch nur die exc. rei vend. et trad. sein kann, da doch unmöglich dem Beklagten exc. und duplic. doli in Einer Formel gegeben sein kann.

66) Gai. II, 120. Pap. 13 Quaest. (D. XXXVII, 11, 11. § 2), Paul. Sent. rec. IV, 8, 2. Marc. 5 Reg. (D. XXVII, 4, 15); für die bon. empt. fehlen die Belege.

67) Afric. 6 Quaest. (D. IX, 4, 28) s. A. 35.

68) Ein Beispiel, gegeben in der dotis constitutio, bietet Ulp 31 ad Sab. (D. XXIII, 3, 7. § 3). — Andrerseits ist als möglich anzuerkennen, daß man vor Schaffung der Rechtsmittel aus der pignoris datio die exc. rei vend. et trad. utiliter auch dem Pfandgläubiger gab, gegen welchen der Verpfänder mit Vindication auftrat (Thl. III A. 286. 291); in der Kaiserzeit begegnen wir hier einer exc. dati pignoris neque redditae pecuniae: Sev. und Car. im C. Just. VIII, 33, 1. IV, 30, 1.

esse ex iur. Quir. zu übertragen, da letzteren Falles die negative Lit. Cont., nicht aber unsere Exception der gegnerischen Vindication sich entgegenstellt.

Die spätere Zeit extendirte jedoch, wie bei der Public. (§ VI unter 2), die Exception auch auf andere Fälle des Besitzerwerbes, so z. B. bezüglich des Rechtsobjectes, für welches der Besitzer die litis aestimatio geleistet hatte [69]).

Andrerseits dagegen ward später die Wirkungssphäre der Exception, gleich wie der Public. (§ VI unter 4), durch den Rechtssatz bedeutend eingeschränkt, daß die Tradition von res nec mancipi das Eigenthumsrecht begründe.

c. Traditio der res zur Eigenthums-possessio, worauf der Name der Exception hinweist.

Die Extension auf die Tradition von res zur Begründung anderer dinglicher Rechte, als das Eigenthum, der wir bei der Public. begegnen (§ VI unter 3), scheint dagegen bezüglich der exc. rei vend. et trad. nicht stattgefunden zu haben: man gab solchen Falles vielmehr eine exc. in factum, so de re usus-fructus nomine tradita nach Proc. bei Ulp. 79 ad Ed. (D. VII, 9, 7. pr.).

d. Nondum usucaptum esse, wie bei der Public. (§ VI), da nach Vollendung der Usucapion die negative Lit. Cont. an Stelle der Exception tritt: Cels. 25 Dig. (D. XXVII, 5, 2).

e. Traditio an den Excipienten oder an denjenigen, dessen Universalsuccessor der Excipient ist, so daß somit der Excipient oder dessen Erblasser zugleich der emtor rei ist, wie bei Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50), Pomp. 1 S. C. (D. XVI, 1, 32. § 2).

Die spätere Zeit indeß, indem sie die Exception in eine doctrinelle Beziehung zur Evictions-Verbindlichkeit brachte, extendirte dieselbe auch auf den Singularsuccessor des ersten Erwerbers, wie Herm. 6 Jur. Ep. (D. XXI, 3, 3. pr.) bekundet.

f. Traditio von Seiten des Vindicanten oder desjenigen, dessen Universalsuccessor der Vindicant ist. Der normale Fall ist hier der, daß der Vindicant selbst als dominus veräußerte

---

69) Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 5), Jul. 19 Dig. (D. XXV, 2, 22. pr.). Möglicher Weise steht jedoch hier exc. in factum in Frage: vgl. wegen Ulpian unten nach A. 73.

und tradirte, wie z. B. bei Lab. und Pomp. unter e cit. Allein zugleich fallen hierunter auch die beiden Vorkommnisse, daß

aa. der non dominus veräußerte und tradirte, aber der dominus Erbe des Veräußerers geworden ist, wie dieß bekundet Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 1); sowie

bb. der non dominus veräußerte und tradirte, aber später dominus geworden ist:

Marcell. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. pr.): si alienum fundum vendideris et tuum postea factum petas, hac exceptione recte repellendum.

Dagegen anstatt der exc. rei vend. et trad. giebt letzteren Falles die exc. doli oder eine exc. in factum

Jul.[70]) bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 32): si a Titio fundum emeris, qui Sempronii erat isque tibi traditus fuerit pretio soluto, deinde Titius Sempronio heres extiterit, — — si ipse Titius fundum a te peteret, exceptione in factum comparata vel doli mali summoveretur et, si ipse eum possideret et Publiciana peteres, adversus excipientem „si non suus esset" replicatione utereris ac per hoc intellegeretur eum fundum rursum vendidisse, quem in bonis non haberet[71]);

und gleichermaaßen geben die exc. doli auch Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 17), Diocl. et Max. im C. Just. III, 32, 14, wozu vgl. Paul. 7 Resp. (D. XXI, 2, 73).

Dagegen ist es eine über die ursprüngliche Herrschaftssphäre extendirte Ausdehnung späterer Zeit, wenn

cc. die exc. rei vend. et trad. auch wider den Singular-

70) Diese Stelle theilt auch mit Pomp. 2 ex Plaut. (D. XXI, 3, 2), wo jedoch Tribon. die Bezeichnung der Exception getilgt hat. Sodann wird der gleiche Fall behandelt von Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 1, 72) ebenfalls ohne Nennung der Exception; endlich vgl. Jul. 9 Dig. (D. XLIV, 3, 24).

71) In diesem Falle steht somit dem Titius nicht das in bonis esse zu, wie Jul. besagt, vielmehr das nudum ius Quir., wie die Zuständigkeit der exc. domini ergiebt; das in bonis esse steht vielmehr dem Abkäufer zu; vgl. Michelsen a. O. 40 fg. Leist, a. O. 282 A. 9. Wiebeling a. O. 33 fg. — Wegen der obigen replicatio doli vgl. auch A. 35.

successor des veräußernden dominus gegeben wird, wie solches Hermog. 6 Jur. Ep. (D. XXI, 3, 3. § 1) bekundet. Denn daß diese Extension jüngeren Datums ist, ergiebt unzweideutig

Ulp. 76 ad Ed. (D. L, 17, 160. § 2): absurdum est plus iuris habere eum, cui legatus sit fundus, quam heredem aut ipsum testatorem, si viveret;

eine Stelle, worin Ulpian den Satz vertritt, daß auch gegenüber der rei vindicatio des legatarius per vindicationem oder per praeceptionem die exc. rei vend. et trad. Platz greife, und wobei nun aus dem absurdum est Ulpians deutlich zu ersehen ist, daß jener Satz ebenso von anderer Seite bestritten war, wie auch dem entsprechend als eine Lehrmeinung jüngeren Datums auftritt[72].

Dahingegen in dem Falle, daß die Veräußerung und Tradition von dem Repräsentanten des dominus geschehen war, sei es nun, daß solche Repräsentation auf Mandat oder einem anderen Rechtsverhältnisse beruht, griff wider die Vindication des dominus eine exc. in factum Platz, welche je nach Verschiedenheit der Fälle verschieden sich concipirte, und so zwar im Falle des Mandates nach Pap. 6 Quaest. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 14) auf: „Si non auctor Numerii Neg. ex voluntate Auli Ag. vendidit," von Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 6) als exc. rei voluntate eius (sc. domini) venditae bezeichnet, im Falle der cura aber nach Jul. 21 Dig. (D. XXVII, 10, 7. § 1) auf: „Si non curator (sc. Auli Agerii) vendiderit[73]." Und wie nun diese processualisch technische Ausbildung solcher Exception für solche Fälle die exc. rei vend. et trad. ausschließt, so ist nun sicher jene erstere exc. in factum auch behandelt gewesen bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 2. 3), obwohl hier die Ausscheidungen aus dem Originaltexte, welche Tribonian vornahm, den Schein erzeugt,

---

72) Das praktische Bedürfniß für die Haftbarkeit des Singularsuccessor reducirte sich in der That auf den Fall des Legates, sowie in der späteren Zeit der mancipatio fundi; denn die in iure cessio, die mancipatio der früheren Zeit, wie später auch die Tradition erforderten die Gegenwart des Objectes.

73) Marcell. 6 Dig. (D. XVII, 1, 49) giebt an deren Stelle die exc. doli, welche überhaupt mit jeder speciellen Exception alternativ concurrirt.

als hätte Ulpian, wie der daselbst citirte Celsus im Falle solchen Repräsentationsverhältnisses die exc. rei vend. et trad. selbst dem Beklagten zugesprochen.

Aus Alle dem aber ergiebt sich, daß den ursprünglichen und ältesten Thatbestand der Exception bildete die „venditio" et traditio rei nondum usucaptae von Seiten des Vindicanten (oder seines Erblassers) an den Excipienten (oder dessen Erblasser); daß sodann späterhin die Rechtswissenschaft diesen Thatbestand in mehrfachen Punkten erweiterte, entsprechend hierin dem ähnlichen Processe bei der Publiciana; daß jedoch, abweichend hierin von dem Verfahren bezüglich der Public., in den meisten jener Fälle solche Extension nicht geschah, ohne zugleich innerhalb solcher erweiterten Sphäre an die Stelle der exc. rei vend. et trad. eine parallele exc. in factum treten zu lassen. Und zwar geschieht Letzteres zunächst dann, wenn die „emtio" einen eigenartigen Inhalt hat, wie z. B. auf Grund eines pactum adiectum (A. 68); sodann wohl auch in dem Falle, daß an Stelle der traditio ein anderer Besitzerwerb-Modus tritt (A. 69); ferner, wenn an Stelle der res ipsa ein anderes Object, so die res usufructuaria tritt (unter c); sowie auch dafern der Vindicant durch seinen Repräsentanten veräußert hatte (bei A. 73). Endlich dafern der Vindicant erst nach der Veräußerung das Eigenthumsrecht erworben hatte, tritt eine exc. in factum in elective Concurrenz mit der exc. rei vend. et trad. (A. 70), vorausgesetzt, daß wirklich diese letztere Exception und nicht etwa ebenfalls exc. in factum bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI 3, 1. pr.) zu verstehen ist, was bei dem Zustande der betreffenden Ueberlieferung nicht sicher zu erkennen ist.

Während daher die Abweichung eines Exception-begründenden Thatbestandes von der normalen Gestaltung des Thatbestandes der exc. rei vend. et trad. deren Vertauschung mit einer exc. in factum bewirkte, so tritt dagegen die allumfassende exc. doli der mittleren Kaiserzeit zu der exc. rei vend. et trad. in rein elective Concurrenz, so bei A. 70 und 73[74].

74) Vgl. Michelsen, wie Wiebeking a. O. 45 fg. Paul. de conc. form. (D. XLIV, 1, 20), indem er den Unterschied beider Einreden bestimmt, faßt dabei die exc. doli als exc. fraudis auf.

Nur in den Fällen von A. 66. 67 ist diese Concurrenz eine alternative: es tritt dann die exc. doli principaliter an Stelle ebenso der exc. rei vend. et trad., wie einer exc. in factum.

## § XI.

### 8. Das Edict, die Formel und das Alter der exc. rei vend. et trad.

Unternehmen wir es, das Edict über die exc. rei vend. et trad. zu reconstruiren, so ist auszugehen von solcher technischen Benennung der Exception[75]), insofern diese die Ausdrucksweise vendere et tradere dem Edicte überweist. Ziehen wir sodann daneben in Betracht die Fassung der zeitlich, wie sachlich so nahstehenden public. Edicte in § V: si quis id, quod ei traditum est ex iusta causa und: si quis id, quod bona fide emit et ei traditum est, — — nondum usucaptum petet; und verbinden wir endlich hiermit die in § X unter a—d dargelegten thatbeständlichen Momente, so ermöglicht Alles dieß, das Edict dahin zu construiren:

SI QUIS ID, QUOD VENDIDIT ET TRADIDIT, NONDUM USUCAPTUM PETET, EXCEPTIONEM DABO.

Wenn dagegen Weyhe, libr. III edicti 284 und übereinstimmend van Reenen in fontes III iur. civ, ed. Den Tex 91 das Edict dahin restituiren:

Si quis rem, quam venditam traditamve in bonis non habet, petere dicatur, exceptionem eo nomine dabo,

so liegen in dieser Restitution sicher drei Fehler: einmal, wie bereits Michelsen a. O. 25 hervorhebt, in dem traditamve; sodann in dem in bonis non habet, da, wie bereits Leist a. O. 265 bemerkt, der doctrinelle Begriff des in bonis esse erst auf Grund des public. Edictes sich entwickelte, nicht aber diesem, wie dem obigen Edicte voraufging und zu Grunde liegen

---

75) Dieselbe findet sich in Paul. de Conc. Form. (D. XLIV, 2, 20), Herm. 6 Jur. Ep. (D. XXI, 3, 3. pr.) und tit. Dig. XXI, 3. Daneben bietet Pomp. 1 S. C. (D. XVI, 32. § 2): exc. de re empta et tradita; vgl. auch Lab. 4 Post. (D. XIX, 1, 50) und dazu Keller in Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts 1860. IV, 354 fg.

konnte; sowie endlich in dem eo nomine: denn venditio und traditio erzeugten zur Zeit der Proponirung des obigen Edictes noch kein nomen oder Forderungsrecht, sondern bewirkten schlechthin nur die Exception.

Sodann die Formel der Exception ist theils nach Maaßgabe von deren technischer Benennung, theils entsprechend den in § X unter e und f dargelegten Momenten, wonach der venditor als Vindicant und der Excipient als emtor von Vorn herein vorausgesetzt sind, dahin zu reconstruiren:

Si non eam rem, qua de agitur, Aulus Agerius Numerio Negidio vendidit et tradidit,

so daß der Moment des nondum usucaptum in der Formel einen besonderen Ausdruck nicht fand, da die vollendete Usucapion die Exception selbst zerstörte und die negative Lit. Cont. an deren Stelle setzte (§ X unter d).

Und übereinstimmend hiermit ist die Formel auch restituirt von Keller, Civ. Pr. 152, nur mit der unberechtigten Abweichung von vendidit ac tradidit, ingleichen von Rudorff, Ed. perp. § 289: si non Aul. Ag. fundum, de quo agitur, Num. Neg. vendid. et trad., während J. Finestres, Comm. in Hermog. Jur. Epit. libr. VI. Cervar. 1757. p. 903 restituirte: „Si non ea res a te mihi vendita et tradita fuit."

Daß endlich die Formel dann, wenn die Exception von Seiten des Universal- oder Singularsuccessor des emtor oder wider den Universal- oder Singularsuccessor des venditor erhoben wurde, eine entsprechende Abänderung der Conception erfuhr, ist allgemeines Gesetz.

Werfen wir nach Alle dem noch einen vergleichenden Blick auf die Public., so ergiebt sich, daß die exc. rei vend. et trad. gleich der actio Public. das habere oder sibi habere schützt (§ VII) und ebenfalls durch diesen ihren Schutz dasselbe zu einem habere licere qualificirt; daß sodann im Besonderen jene Exception den Thatbestand der stärkeren Public. schützt, insofern als bei jener ebensowenig, als bei dieser bona fides des Berechtigten, sondern nur ein objectiver Thatbestand wesentlich erfordert wird, so daß eine gleichwohl obwaltende bon. fides ein juristisch irrelevanter Moment ist (vgl. § XVII unter A cc); daß jedoch der Thatbestand der Public. insofern ein er-

weiterter ist, als Publicius die venditio der Exception zur iusta causa verallgemeinerte, und daß endlich beide Rechtsmittel den Berechtigten persönlich, nicht dinglich schützen: denn die dingliche Richtung, welche die Exception dadurch gewinnt, daß sie auch wider den Singularsuccessor des venditor sich wendet[76]), ist eine Erweiterung der ursprünglichen Sphäre, welche erst die Rechtswissenschaft der ausgehenden zweiten Periode vermittelte (§ X unter cc); die stärkere Public. aber, indem sie lediglich wider den veräußert habenden legitimus dominus sich richtet (§ VI), steht in Folge dieser Beschränkungen und trotz ihrer Einkleidung in eine ficticia rei vindicatio durchaus auf der Basis der persönlichen Klagen, indem die ächt dingliche Tendenz der publicianischen Rechte und die dingliche Richtung der Klage vielmehr in der schwächern Public. zum Ausdrucke und zur Wirksamkeit gelangt (§ VII).

Beide Rechtsmittel aber, die exc. rei vend. et trad., wie die actio Publ. stehen durchaus noch auf dem Standpunkte des Mancipations-Rechtes: sie schützen lediglich die bereits erfüllte Veräußerung, keineswegs aber das noch nicht zur Vollziehung gelangte Veräußerungsgeschäft an sich (Thl. II § 77).

Was endlich das Alter des Edictes über die exc. rei vend. et trad. betrifft, so sind die einschlagenden Momente in § I und II dargelegt: das Edict ist jünger als die lex Aebutia von 513—517 (A. 2) und älter als das public. Edict von 519 (§ VIII); folglich datirt dasselbe aus den Jahren von 514—518.

## § XII.

### C. Die Begriffe von emere und vendere.

#### 1. Der älteste Begriff von emere und vendere.

Der älteste Begriff von emere, venum dare oder vendere venum ire oder venire[77]) ist der des entgeltlichen Veräußerungs-

76) Vgl. Michelsen, a. O. 37 fg.

77) Wegen emere, venum dare oder vendere, venum ire oder venire vgl. Beil. XII A. 27. Döderlein, Synonym. IV, 115 fg. Emere findet sich im Sinne von sumere in tab. Iguv. V^a lin. 8. 10. vgl. Aufrecht und Kirchhoff, umbr. Sprachdenkm. II, 319 fg.; nach Curtius, gr. Etym. 560

geschäftes unter Lebenden, und derselbe wird bekundet zunächst durch die alttechnischen Bezeichnungen: sub corona oder sub hasta emere, vendere, wie auch der venditiones censoriae; sodann durch die Formel der mancipatio: isque mihi oder tibi emptus esto — — hoc aere aëneaque libra (Thl. III A. 66. 67), worauf sich stützen die technischen Ausdrücke: nummo uno vendere, coëmptio und familiae emptor; ingleichen endlich durch die XII Tafeln und zwar zunächst in directer Ueberlieferung durch tab. IV, 2: „Si pater filium ter venum duvit, filius a patre liber esto"; sodann in indirecter Ueberlieferung durch tab. III, 6: trans Tiberim peregre venum ibant; VII, 12: statu liberos venundari posse, und XII, 2: qui hostiam emisset nec pretium redderet; wie endlich in stark interpolirter und die Ergebnisse späterer interpretativer Erweiterungen mit enthaltender Fassung[78]) in tab. VII, 11:

---

stammt es von skr. W. jam: nehmen, nach Corssen, Krit. Beitr. 496, wozu vgl. Ausspr. I, 309. 556 von skr. W. kam: velle, optare; nach Leo Meyer, vergl. Gramm. I, 446 ist es specifisch italisch. Wegen vendere: Curtius, a. O. 300, Corssen, Ausspr. II, 1018, wonach W. ὠνο-ς, skr. vasnas, Kaufpreis. — Ueber den Unterschied von emere und parare s. Ulp. 22 ad Sab. (D. XXXII, 1, 47. § 1).

78) Eine Interpolation liegt zuerst in dem „traditae"; denn sicher bezog sich das Gesetz nicht auf die Tradition für sich, da solche den XII Taf. unbekannt ist als Erwerbmodus ebenso des ex iur. Quir. meum esse (§ XVIII), als auch des in bonis esse, wie der bon. fid. poss., da vielmehr Beide erst auf Grund des public. Edictes als Rechte von der Wissenschaft construirt worden sind (§ VII); und da nun das Gesetz ebenso wenig auf die in iure cessio sich bezog (Leist, Mancipation § 8), so konnte es demnach nur auf die Mancipation allein sich beziehen. Bezüglich dieser aber wäre die besondere Anforderung der Tradition für die betreffenden Fälle ganz überflüssig gewesen, weil bei Jener die Tradition etwas durchaus Selbstverständliches und ohne dieß schon ganz allgemein sich Vorfindendes war: denn das adprehendere manu, welches in der Mancipation lag, erfordert in ältester Zeit ebenso ausnahmelos die praesentia rei, entsprechend wie bei der rei vindicatio, wie nun auch in diesem adprehendere der Moment der Besitzergreifung, somit also auch der Tradition ohne Weiteres mit inne lag; A. 91. — Eine zweite Interpolation liegt in dem „alio modo satisfecerit": die XII Taf. konnten nur von vadis datio sprechen: Thl. III A. 218 vgl. Leist, a. O. § 19 fg. — Was endlich das „venditae res" anbetrifft, so ist dieser Ausdruck wahrscheinlich original und dießfalls nach dem Vorbemerkten von der Mancipation zu

venditae vero res et traditae non aliter emptori acquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo satisfecerit [79]).

Und zwar während das emere sub corona, und die venditio censoria staatsrechtliche Rechtsgeschäfte sind, so unterfällt das emere hostias von tab. XII, 2 dem Sacralrecht, wogegen wiederum Rechtsgeschäfte des Privatrechtes betroffen werden von dem emere in der Mancipationsformel, wie von tab. VI, 2 über das vendere filium familias, tab. VIII, 11 über das vendere rem und tab. VIII, 12 über das vendere statu liberum; endlich ein einfaches Lebensgeschäft (Thl. III § 36) ist wiederum das vendere trans Tiberim von tab. III, 6 (Beil. XII § XI).

Hieraus aber erhellt mit unbedingter Bestimmtheit, daß in den XII Tafeln und zu deren Zeit emere, vendere, venire juristisch technische Begriffe nicht sind, und eine eigene Rechtsgeschäfts-Individualität nicht vertreten, somit aber auch die Annahme durchaus unberechtigt und grundlos ist, daß die XII Taf. unter dem vendere rem in tab. XII, 11 von einer emtio venditio in technischen Sinne als dem Kaufcontracte gehandelt haben (Thl. II, 543).

Jene Thatsache aber wird noch besonders bestätigt durch die römische Jurisprudenz; denn die späteren Juristen interpretiren jenes vendere je für die verschiedenen Fälle ganz verschieden, und zwar

a. als alienare bezüglich des vendere statu liberum: § XIII unter B 1 a;

b. als vendere des ius gentium, somit als Kaufcontract bezüglich des vendere rem von tab. VII, 11; Inst. II, 1, 41: quod cavetur quidem lege XII tab., tamen recte dicitur et iure gentium id est iure naturali id effici;

---

verstehen, vgl. auch im Texte unter c; dießfalls beruhte die Ausschließung der in iure cessio von jenem Rechtssatze auf einer als selbstverständlich stillschweigend vorausgesetzten Beschränkung; anderfalls hätte venditae res et mancipio datae gesagt werden müssen; schwerlich war dagegen schlechthin mancipio datae res gesagt, da dem das Referat in Inst. II, 1, 41 widerspricht. — Im Uebrigen vgl. Thl. III, § 49 unter c. Thl. II A. 684.

79) Schöll, leg. XII tab. 125. 128. 140. 159. 139.

c. als mancipio dare bezüglich des vendere filium familias: Gai. I, 132. 135. II, 141. III, 6. Ulp. fr. X, 1. Paul. sent. rec. II, 25, 2. IV, 8, 7. (Collat. XVI, 3, 7). Und übereinstimmend hiermit gebrauchen auch die Späteren emere, vendere von der Mancipation, so Plaut. Merc. II, 3, 113: lege vendere; Plin. H. N. XXXIII, 3. 13: emtiones, quae mancipi sunt; Calp. Flacc. Decl. 51: redimere für adoptare; Paul. sent. rec. I, 19, 1: quaedam actiones, si a reo infitientur, duplantur, velut — — de modo agri, cum a venditore emptor deceptus est; vgl. Thl. II, 674 fg.

Jener untechnische Begriff aber, welchen die XII Taf. mit emere, vendere, venire verbinden, ist, wie bemerkt, der des entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes unter Lebenden, ein Begriff, welcher der Sprache der Römer bereits von der Vorzeit zugebracht worden war (A. 77) und welcher nun als der Gegensatz zu dem donum dare oder donare, als dem unentgeltlichen Veräußerungsgeschäfte unter Lebenden[80]), in alleiniger Geltung blieb bis zu dem Zeitpunkte, wo der Contract der emtio venditio in dem römischen Rechte geschaffen und für diesen nun der entsprechende neue technische Begriff abgeklärt wurde (§ XIII). Und so nun kehrt jener alte Begriff des emere, vendere wieder ebenso in dem public. Edicte: si quis id, quod bona fide emit (§ IV), als auch in dem Edicte über die exc. rei vend. et trad.: si quis id quod vendidit (§ XI), wie in den entsprechenden Formeln beider Rechtsmittel: si quam rem Aulus Ag. bona fide emit (§ V) und: si non eam rem Aulus Ag. Numerio Neg. vendidit (§ XI).

Allein auch nach Constituirung des Contractes der emtio venditio hat jener älteste Begriff noch bis in spätere Perioden in Uebung sich behauptet und findet sich so nun vor in

lex [Thor.] agr. v. 643 in C. J. L. I. no. 200 lin. 23: quoive ab eo heredive eius is ager, locus testamento, hereditati deditionive obvenit obveneritv[e queive ab eo emit e]meritve queive ab emptore

80) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 426. Ich habe jedoch daselbst, verleitet durch Aristo (s. § XIII unter B 1 a), irrig angenommen, daß der Begriff der Veräußerung der ältere, der entgeltlichen Veräußerung dagegen der jüngere sei, was vielmehr umgekehrt sich verhält.

eius emit emeritve[81]); vgl. lin. 45. 47. 57. 65. 66: emere; lin. 74. 87. 89: vendere; lin. 58. 65. 67. 75. 84. 92. 103: venire;

Edict. consul. v. 568 bei Liv. XXXIX, 17, 3: ne quis quid fugae causa vendidisse neve emisse vellet;

Testament bei Scaev. 19 Dig. (D. XXXII, 1, 38. § 5): ne quis eorum partem suam vendere donareve aliudve quid facere alii velit;

Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 29): aliud est emere, aliud ex his (sc. lucrativis) causis succedere;

Diocl. et Max. im C. Just. VII, 75, 5: contra emtorem — — et eum, qui ex lucrativo titulo possidet;

Arc. et Hon. im C. Th. XII, 1, 149: nec emere, nec donatum assequi, nec damnosam quisque hereditatem adire compellitur;

Inst. II, 20, 6: si — ex causa emptionis (sc. dominus factus fuerit), ex testamento actione pretium consequi potest, si vero ex causa lucrativa — — agere non potest;

Cic. de Inv. I, 45. 84 fg.: quoniam habes istum equum aut emeris oportet aut hereditate possideas aut munere (i. e. dono) acceperis aut domi tibi natus sit;

Hor. Ep. II, 2, 171 fg.: tamquam | sit proprium quidquam, puncto quod mobilis horae | nunc prece (i. e. donatione), nunc pretio (i. e. emtione), nunc vi, nunc morte suprema (i. e. hereditate) | permutet dominos et cedat in altera iura;

Liv. XXVII, 51, 10: in pace res inter se contrahere vendendo, emendo, mutuum dando, argentum creditum solvendo auderent;

Quint. J. O. V, 10, 67: hic servus, quem tibi vindicas, aut verna tuus est aut emptus aut donatus aut testamento relictus aut ex hoste captus aut alienus;

---

81) Hier ist somit classificirt: testamentum, hereditas (Intestaterbfolge), deditio (unentgeltliche Veräußerung) und emtio. Wegen der Ablativformen auf i vgl. Corssen, Ausspr. I², 735.

Inscr. bei Orelli J. S. 4388: hoc m(onumentum) veto veniri, veto donari.

Fronto de Diff. Voc. v. habere p. 278 Nieb.: qui aut relictae, aut donatae rei aut emptae dominus est[82].

## § XIII.

### Die jüngeren Begriffe von emere und vendere.

Neben den in § XII festgestellten ältesten und untechnischen Begriff von emere und vendere als des entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes unter Lebenden traten in späterer Zeit verschiedene andere und zwar technische Begriffe. Und zwar stehen hierbei diese jüngeren Begriffe in dem zwiefältigen Verhältnisse, daß sie theils durch eine logische Determinirung, somit durch Zufügung neuer wesentlicher Merkmale einen beschränkteren Umfang gewinnen, demnach aber als der engere Begriff zu jenem alten sich verhalten, theils aber auch durch eine logische Abstrahirung, somit durch Wegnahme gegebener wesentlicher Merkmale einen weiteren Umfang gewinnen, demnach also als der weitere Begriff jenem alten gegenübertreten. Zunächst nun

A. der engere Begriff beschränkt sich auf den Kauf allein, so daß hierbei alle übrigen entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte ausgeschlossen sind. Dieser Begriff aber ist maaßgebend

1. für die alte emtio sub corona oder sub hasta (§ XII), welche die sich entwickelnde Rechtswissenschaft zweifelsohne auf den Gesichtspunkt des Kaufgeschäftes zurückführte;

2. für das processualische bona venire und emere des prätor. Edictes, wie der lex Julia iudic. privator.[83]);

3. für den Kaufcontract des ius gentium, welcher jedoch von dem in § XII dargelegten Begriffe des entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes seinen Ausgang nimmt und nur allmählig zu dem technischen Begriffe des Kaufes sich abklärt und verengert, daher er von Vorn herein neben dem Kaufe auch die permutatio, datio in solutum, Zahlung der aestimatio litis,

---

82) Weitere speciellere Momente s. Voigt, Cond. ob caus. A. 370—372. Schilling, Inst. § 288. Zus. 2.

83) Vgl. Keller, Civ. Pr. § 84.

wie auch die locatio conductio mit umfaßte (A. 106) und erst später diese letzteren Elemente allmählig ausschied. Dieser Begriff aber tritt z. B. zu Tage bei

Paul. Diac. p. 76: emere, quod nunc est mercari;

Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 19. § 5.): aiunt aediles: „Emtori omnibusque, ad quos ea res pertinet, iudicium dabo". — „Emtorem" accipere debemus eum, qui pretio emit; sed si quis permutaverit, dicendum est utrumque emtoris et venditoris loco haberi;

lex Aedis Jov. Lib. Furfens. v. 696 in C. J. L. I no. 603 lin. 7 fg.: sei quod ad eam aedem donum datum, donatum, dedicatum que erit, utei liceat oeti, venum dare; ubei venum datum erit, id profanum esto. Venditio, | locatio aedilis esto. — | — Quae pequnia recepta erit, ea pequnia emere, | conducere, locare, dare — — liceto. — | — Quod emptum erit aere aut argento | ea pequnia, quae pequnia ad id templum data erit, quod emptum erit, eis rebus eadem | lex esto, quasei sei dedicatum sit[84]);

Inscr. bei Gruter 946,6: si quis id monimentum partemve eius vendere quis volet vel donationis causa cui mancipare voluerit aliove quo nomine eius monumenti partem alienare tentaverit; bei Orelli J. S. no. 4386: hoc — monumentum cum aedificio neque mutabitur, neque vaeniet, neque donabitur, neque pignori obligabitur, sed nec ullo modo abalienabitur, ne de nomine exeat familiae suae; 4357: ne quis vendat aut abalienet;

endlich auch in den venalium vendendorum leges Mamilianae bei Cic. de Orat. I, 58, 246.; in dem, nach Ulp. 55 ad Ed. (D. XL, 12, 22. § 5.) bereits dem Labeo bekannten, prätor. Edicte über die Pönalklage wider den, qui se liberum sciens dolo malo passus est se pro servo venumdari; in tab. alim. Vell. VI, 76.: mancipiorum, quae in emptione eis cesserunt, u. a. m.

---

84) Vgl. hierüber Voigt, drei epigraph. Constitutionen A. 58.

B. Der weitere Begriff von emere verdankt seine Entstehung, wie Ausbildung der Interpretation der Rechtswissenschaft, welche hierbei in der in Thl. III § 49. dargelegten Weise und scheinbar willkürlichen Ungebundenheit verfuhr. Und zwar ist der Weg, den die Wissenschaft hierbei einschlug wiederum ein dreifältiger:

1. man erklärte vendere für gleichbedeutend und gleichwerthig mit alienare, als dem Veräußerungsgeschäfte im Allgemeinen unter Lebenden, so daß nun auch die unentgeltliche Veräußerung darunter sich subsumirte, eine Begriffsbestimmung, welche zu Tage tritt in der

Definition von commercium als emendi vendendique invicem ius[85];

Sentent. Minuc. v. 637 in C. J. L. I no. 199 lin. 6: qua ager privatus casteli Vituriorum est, quem agrum eos vendere heredemque | sequi licet;

Auct. ad Her. IV, 29, 40: necesse est, quom constet istum fundum nostrum fuisse, ostendas te aut vacuom possedisse aut usu tuum fecisse aut emisse aut hereditate tibi venisse;

Fest. v. redemptores p. 270: antiquitus emere pro accipere ponebatur; und übereinstimmend Paul. Diac. v. abemito p. 4, sowie derselbe p. 58: censui censendo agri proprie appellantur, qui et emi et venire iure civili possunt;

Sen. de Ben. V, 10, 1: venditio alienatio est et rei suae iurisque in ea sui ad alium translatio;

Frontin. de Contr. 16, 1: per hereditates aut emptiones eius generis (sc. de proprietate) controversiae fiunt, de quibus iure ordinario litigatur; vgl. 49. 4.

Und diese Begriffsbestimmung wird nun von der Wissenschaft in Anwendung gebracht auf

a. das XII Tafelgesetz über die venditio des statu liber, so Aristo bei Pomp. 18 ad Qu. Muc. (D. XL, 7, 29. § 1.): lex XII tab. emtionis verbo omnem alienationem complexa videretur;

---

85) Vgl. Beil. XII § XI. XII. Burchardi, Grundzüge d. Rechtssyst. 51 fg.

b. die exc. rei vend. et trad., so

Cels. bei Ulp. 76 ad Ed. (D. XXI, 3, 1. § 3.): si quis rem meam vendidit minoris, quam ei mandavi, non videtur alienata;

Ulp. 76 ad Ed. (D. L, 16, 67. pr.): alienatum non proprie dicitur, quod adhuc in dominio venditoris manet; venditum tamen recte dicetur; vgl. das. (D. L, 17, 160. pr. § 1.),

dementsprechend nun diese Exception auch z. B. im Falle der dotis constitutio Platz griff (vgl. A. 68).

c. das public. Edict, worüber s. unter 2 c, daher dem Thatbestande des betreffenden Edictes auch die donatio mit untergeordnet ward: § VI. unter 1.

2. Nachdem diese Identitätserklärung von vendere mit alienare ausgesprochen worden war, ward nun von der Interpretation mit dem Worte alienare [86]) in der Weise operirt, daß man dessen Bedeutung über die durch die Sprachgesetze gegebene Begriffssphäre hinaus künstlich erweiterte. Dieß tritt zu Tage

a. bezüglich des XII Taf. Gesetzes unter 1 a bei Aristo cit. (D. XL, 7, 29. § 1.): nec interesse, quo genere [87]) quisque dominus — fieret et ideo hunc quoque ea (sc. XII tab.) lege contineri, secundum quem sententia dicta est;

b. bezüglich der exc. rei vend. et trad. (unter 1 b), worüber vgl. § X unter 2 a;

c. bezüglich des public. Edictes (unter 1 c), worüber vgl. § VI unter 1 und 2; und so nun bei Gai. IV, 36 und J. Just. IV, 6, 4. (s. § V z. A.), sowie bei Paul. 21 ad Ed. (D. L, 16,

---

86) Weitere Erörterungen über die Bedeutung von alienare bieten: 1. in Bezug auf das Edict in Dig. XXXVIII, 5, 1. pr.: Ulp. 44 ad Ed. (D. cit. § 1), wonach der alienatio auch die mort. c. donatio mit unterfällt; 2. bezüglich des Edictes in Dig. IV, 7, 8. § 1: Ulp. 13 ad Ed. (D. cit. 4. § 1. L, 17, 119), Paul. 12 ad Ed. (D. cit. 8. § 2); 3. bezüglich der Oratio Divi Severi in Dig. XXVII, 9, 1. § 2: Ulp. 35 ad Ed. (D. cit. 5. § 2. 9); 4. bezüglich der lex Jul. de Adult. bei Gai. II, 63. lib. 11 ad Ed. prov. (D. XXIII, 5, 4), Paul. Sent. rec. II, 21 b, 2. Tryph. 11 Disp. (D. XXIII, 5, 16): Ulp. 5 de Adult. (D. XXIII, 5, 13), Tryph. cit., Sev. im C. Just. V, 23, 1. vgl. Bachofen, Lehr. d. röm. Civ. Rts. 94 fg.

87) Wegen dieses „genus" vgl. Voigt, Cond. ob caus. 192.

28. pr.): alienationis verbum etiam usucapionem continet; vix est enim, ut non videatur alienare, qui patitur usucapi. Eum quoque alienare dicitur, qui non utendo amisit servitutes. Qui occasione acquirendi non utitur, non intelligitur alienare, veluti qui hereditatem omittit aut optionem intra certum tempus datum non amplectitur.

3. Den gleichen Proceß wie unter 2 nahm man auch direct mit den Worten emere, vendere vor, indem man deren Begriffssphäre in jener Weise künstlich erweiterte[88]) und so zwar:

a. gegenüber der lex Fabia de plagiariis[89]):

Gai. 22 ad Ed. prov. (D. XLVIII, 15, 4): lege Fabia tenetur, qui sciens liberum hominem donaverit ve in dotem dederit; — — idem et si pro eo res permutata fuerit;

b. bezüglich das Usucapionstitels pro emtore, den man auch auf denjenigen extendirte, der durch Zahlung der litis aestimatio eine Sache erwarb[90]);

---

88) Bezüglich Varr. RR. II, 10, 4: in emtionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si haereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit etc. ist ein doppelter Sinn möglich: es werden aufgezählt die Eigenthumserwerbtitel entweder im Hinblick auf denjenigen, der als der neue Erwerber des Sclaven in Betracht gezogen ist, oder bezüglich dessen, der als der Veräußerer des Sclaven in's Auge gefaßt ist. Ersteren Falls bietet Varr. eine Aufzählung der Erwerbgründe des Eigenthumes am Sclaven und dann umfaßt die emtio als ihre Unterarten die hered. aditio, mancipatio u. dergl.; letzteren Falles bietet Varr. eine Aufzählung der Rechtsgründe, welche bei emtio venditio über den Sclaven für den venditor die Qualität als Eigenthümer begründen und dießfalls ist die emtio der Kauf über den Sclaven, neben dem somit hered. aditio, mancipatio u. dergl. als etwas davon unterschiedenes Zweites und Drittes stehen. Die erstere Auffassung habe ich in Beil. XII § XI adoptirt und verwerthet; allein da kein zwingender Grund zu der Annahme vorliegt, daß in so weiter Bedeutung emtio von Varr. gebraucht worden sei, so gebe ich jetzt der zweiten Auffassung den Vorzug.

89) S. Ulp. 9 de Off. Proc. (Collat. XIV, 3, 4), Paul. Sent. rec. V, 30b, 1 (Collat. XIV, 2, 1), Callistr. 6 de Cogn. (D. XLVIII, 15, 6. § 2): „qui civem Romanum — — vendiderit, emerit, si sciens dolo malo hoc fecerit."

90) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 198. In anderer Beziehung: Jul. 19 Dig. (D. XXV, 2, 22. pr.), Ulp. 29 ad Sab. (D. XXI, 2, 21. § 2), vgl.

c. bezüglich des ius distrahendi des Pfandgläubigers:

Marc. ad form. hyp. (D. XX, 6, 8. § 11.): venditionis — appellationem generaliter accipere debemus, ut et si legare permisit, valeat, quod concessit.

In allen diesen hier aufgezählten Beispielen haben wir es jedoch, wie bemerkt, lediglich mit jenem so freien Verfahren der eigenthümlich römischen Interpretatio zu thun, welches Begriffen eine Ausdehnung auf Verhältnisse beimaß, die nach dem Geiste der Sprache, wie nach der Nationalanschauung schlechterdings nicht für solche Subsumtion sich eigneten. Und wie daher solches Verfahren nicht die Tragweite und Wirkung hat, den durch den betreffenden Ausdruck repräsentirten Begriff selbst umzuwandeln und bis zu solchem Maaße schlechthin zu verallgemeinern, so ist nun auch durch das obige Verfahren der römischen Juristen, wie in Beil. XII § XI. hervorgehoben ist, nicht ein neuer technischer Begriff für emere, vendere geschaffen worden, als vielmehr nur eine lediglich für je den betreffenden Rechtssatz oder das betreffende Rechtsinstitut maaßgebende Begriffserweiterung, welche außerhalb der Sphäre solchen Institutes unwirksam war und einen bestimmenden Einfluß nicht ausübte. Lediglich insoweit als man die venditio mit der alienatio für gleichbedeutend erklärte, fand solche Begriffsbestimmung Eingang auch in die Redeweise des Volkes.

## § XIV.

### D. Die actiones emti venditi.

#### 1. Die actio ex empto vendito.

Die früheste, dem Privatrechte angehörige und juristisch construirte d. h. zum Rechtsgeschäfte gestaltete emtio, welche das römische Recht kennt, ist enthalten in der Mancipation, die aus zwei verschiedenen Elementen sich zusammensetzt: aus der emtio als dem entgeltlichen Veräußerungsvertrage (§ XII): is mihi (tibi) emptus esto centum oder dergl. (Thl. III A. 66. 67) und aus den beiden Erfüllungsgeschäften dieser Veräußerung:

---

Schilling, Inst. § 288 Zus. 2. Es ist dieß jedoch eine Extension nur vom Standpunkte der späteren Zeit, welche die Zahlung der litis aestimatio nicht mehr, wie die frühere Zeit (A. 106), als ächte emtio anerkannte.

der Tradition einerseits[91]), in Form der Gestattung des auch bei der Vindication wiederkehrenden manu adprehendere rem: hunc ego hominem ex iur. Quir. meum (tuum) esse aio, und der Solution des Kaufpreises oder Sicherstellung desselben durch vadis datio andrerseits (A. 78): emptus esto hoc aere aëneaque libra. Dagegen als ordnungsmäßiger juristischer Effect war hiermit allenthalben das ex iur. Quir. meum esse verknüpft, so daß der venditor ipso iure für auctoritas zu haften hatte. Jene emtio venditio entartete indeß frühzeitig in Folge der beiden Umstände, daß das älteste römische Recht weder eine entsprechende Form für Contrahirung und Erfüllung der donatio darbot, noch auch eine Norm über das proportionelle Verhältniß des Kaufpreises zum Kaufobjecte enthielt, so daß man nun die Schenkung in die Form des Kaufes nummo uno d. h. mit zwar effectivem, dabei aber rein nominellem Kaufpreise einkleiden konnte, wie auch wirklich einkleidete (Thl. III § 8).

Daneben trat überdem die emtio im Geschäftsverkehre der Römer auch außerhalb der Rechtssphäre auf: als reines Lebensgeschäft, sei dieß als Creditgeschäft, sei es als Geschäft mit sofortiger Erfüllung Zug um Zug (Thl. III A. 263. § 36).

Indem nun an die Rechtsbildung die Anforderung herantrat, solches einfache Lebensgeschäft zu einem Rechtsgeschäfte umzugestalten d. h. mit einem rechtlichen Schutze zu versehen, so wurde diese Aufgabe gelöst von einem doppelten Organe der Rechtsbildung, in zwiefachem Absatze und durch zwiefältige Mittel: der emtio venditio, welche als reines Lebensgeschäft mit geschehener Erfüllung auftritt, wurde von dem Prätor in der Zeit von 514—519 vermittelst der exc. rei vend. et trad. und der beiden public. Klagen ein theils dinglicher, theils persönlicher Schutz gewährt; und der emtio venditio wiederum, welche als reines Lebensgeschäft ohne Erfüllung, somit zugleich als Creditgeschäft auftritt, wurde von dem Gewohnheitsrecht zu einem späteren Zeitpunkte vermittelst der a. ex empto vendito ein persönlicher Schutz gewährt.

---

91) Cic. Top. 5, 28. Die Ablösung der Tradition von der Mancipation ist ein Ergebniß erst jüngerer Rechtsbildung, vgl. Rein, Pr. Rt. 244 und oben A. 78.

Dem Gewohnheitsrechte, welches die a. ex empto vendito schuf, bot sich somit hierbei ein zwiefacher Ausgangs- und Anknüpfungspunkt: das XII Tafelrecht und das honorarische Recht. Und von Beiden ist es nun das Letztere, an welches die Rechtsbildung anknüpfte, die hier gegebenen Gedanken und leitenden Gesichtspunkte aufnehmend und in neuer Ideencombination weiter entwickelnd. Denn diese Thatsache wird auf das Evidenteste erwiesen durch Gehalt und Umfang dessen, was als Recht und Pflicht durch die a. ex empto vend. geltend gemacht und erfordert wird. Denn die Vermögensleistungen, auf welche solche Klage sich richtet und abzweckt, sind namentlich [91a]):

1. auf Seiten des emtor und gegenüber dem venditor das praestare rem d. i. die Ausantwortung des Kaufobjectes zum habere:

Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11, § 2.): inprimis ipsam rem praestare venditorem oportet id est tradere;

Varr. R. R. II, 2, 6: nec non emtor pote ex emto vendito illum (sc. venditorem) damnare, si non tradet (sc. rem venditam), quamvis non solverit numos, ut ille emtorem simili iudicio, si non reddit; vgl. Plaut. Epid. III, 4, 35: Mi. Estne empta mihi haec? Pe. Istis legibus habeas licet;

durch welche Stelle Varro's zugleich als legale Ordnung für Vollziehung des Kaufes bekundet wird die vorgängige Aushändigung des Objectes und die nachfolgende Leistung des Preises, so daß zwar der Käufer, ohne gezahlt zu haben, auf Leistung des Objectes klagen darf [92]), nicht aber der Verkäufer

91a) Die Frage, ob von Anfang an zu noch anderweiten, als den unter 1—4 betrachteten Functionen die a. emti venditi gedient habe, bleibt hier um so mehr außer Betracht, als sie der Darstellung von Thl. III anheimfällt.

92) Erfolgte jedoch die Leistung des Objectes, ohne daß der Abkäufer zahlte oder demselben Credit gewährt worden war, so war die dießfallsige Tradition, wie Mancipation (nicht aber eine in iure cessio) nichtig (A. 17): der Verkäufer behielt die rei vindicatio, und wurde gegen die exc. rei venditae et trad. geschützt durch eine replicatio pretii non soluti (A. 65), wohingegen der Public. des Abkäufers gegenüber es einer Exception nicht bedurfte, da für diese es an der iusta causa traditionis

auf Zahlung des Preises klagen kann, ohne selbst zuvor das Kaufobject ausgeantwortet zu haben[93]). Solche Ausantwortung selbst aber des Kaufobjectes enthält zwei Momente:

a. die Tradition, als Act der Begründung der Detention, welche im Besonderen je nach der verschiedenen Beschaffenheit des Kaufobjectes sich gestaltet zum tradere de manu in manum oder adnumerare oder admetiri oder adpendere[94]);

b. die traditio zum sibi habere[95]) als Act der Uebertragung des juristischen Besitzes, somit der possessio[96]) der Kaiserzeit, wobei in Folge der Ausschließlichkeit des Besitzes solche possessio als vacua erfordert wird[97]). Dagegen ist

c. der venditor nicht verpflichtet, das Kaufobject in das

---

gebrach (A. 17). — Die spätere Zeit, so Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 8) erforderte dießfalls von dem Kläger ein offerre pretium.

93) Der dießfallsigen a. venditi trat in älterer Zeit schwerlich eine exc. rei vend. nec trad. entgegen, es genügte defensio ipso iure, worauf das Axiom der späteren Zeit hinweist: bonae fidei actioni doli exceptio inest; vgl. Keller in Jahrb. d. gem. deutsch. Rechts 1860. IV, 337 fg.

94) Cic. ad Fam. VII, 5, 3: hominem tibi ita trado de manu, ut aiunt, in manum; Plaut. Trin. IV, 2, 60: e manibus dare in manus; I, 2, 89. 93: dare in manum; Merc. II, 2, 7: tradere in manum; Ter. Phorm. IV, 3, 28. Daneben tradere schlechthin: Varr. RR. II, 2, 6. 9, 7 und accipere: II, 8, 3. — Adnumerare: Varr. RR. II, 2, 5. 6. (wo Rein, Pr. Rt. 271 an das Pretium, statt an die Waare denkt, was Varro's Worte: agni — annumerentur gar nicht gestatten). Admetiri: lex vino in doliis vendundo bei Cat. 148, 2. 154. Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 6, 1. § 1). — Im Allgemeinen: Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XVIII, 1, 35. § 5), III, 90. vgl. Schilling, Inst. § 292, b.

95) Vgl. A. 43 und den das. cit. Paul. 33 ad Ed. und in Dig. XVIII, 1, 34. § 1; ingleichen Lab. 5 Post. (D. XVIII, 1, 80. § 1), Cels. bei Pomp. 11 ad Sab. (D. XXI, 2, 29. pr.), Jul. 15 Dig. (D. cit. 8), Scaev. 7 Dig. (D. XVIII, 1, 81. § 1); vgl. Gai. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 22).

96) Possessionem tradere: Lab. 4 Post. (D. XVIII, 1, 78. § 2. XIX, 1, 50), Nerat. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 8. 13), Marcell. 19 Dig. (D. XLIII, 16, 12), Pomp. 9 ad Sab. (D. XIX, 1, 3. pr.), Pap. 3 Resp. (fr. Vat. 2. 7), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. pr.), Diocl. im C. Just. IV, 38, 12 u. a. vgl. Gai. II, 204.

97) Traditio vacuae possess. beim Kaufe: Cic. p. Tull. 17. Jav. 5 ex Post. Lab. (D. VIII, 1, 20), Cels. 23 Dig. (D. XLI, 2, 18. § 2) u. a. vgl. Huschke in Analecta litterar. 124 fg.

ex iur. Quir. meum esse des emtor zu übertragen[98]), somit aber nicht verpflichtet zur mancipatio oder in iure cessio des Kaufobjectes[99]).

2. Auf Seiten des venditor und gegenüber dem emtor das reddere pretium d. i. die Ausantwortung des Entgeltes zum habere:

Varr. R. R. II, 2, 6: ille (sc. venditor) emtorem simili iudicio (sc. damnare potest), si non reddit (sc. pretium).

Und auch hier enthält solche Ausantwortung des Entgeltes die beiden Momente unter 1

a. Tradition als Uebertragung der Detention, welche sich gestaltet entweder zur solutio mummorum, wie bei Varr. R. R. II, 2, 6. cit. II, 1, 15. oder numeratio, wie bei Plaut. Ep. II, 2, 120. III, 2, 16. 31. 4, 32. Most. III, 3, 18, oder aber zur traditio schlechthin, insoweit das Entgelt nicht in baarem Geld besteht, so in der lex oleae pendenti bei Cat. R.R. 146, 1, wo außer baarem Geld noch oleum, oleae und unguen, und in der lex fructus ovium vendundi bei Cat. 150, wo außer baarem Geld auch Käse, Milch und Lämmer (§ XX unter C 1 a) von dem emtor zu gewähren sind;

b. die traditio zum sibi habere als Uebertragung des juristischen Besitzes oder der vacua possessio, was von den

---

98) Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 1, 30. § 1): venditorem hactenus teneri, ut rem emtori habere liceat, non etiam ut eius faciat; Ulp. 34 ad Sab. (D. XVIII, 1, 25. § 1): qui vendidit, necesse non habet fundum emtoris facere; vgl. Cels. 8 Dig. (D. XII, 4, 16), Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. pr.). Daher ist nicht schlechthin ungültig der Verkauf der res aliena: Nerat. in A. 96 cit., Ulp. 41 ad Sab. (D. XVIII, 1, 28) u. a. m.

99) Wo daher solches sich findet, wie bei Gai. IV, 131. Paul. sent. rec. I, 13a, 4, da beruht es auf besonderer Uebereinkunft der Parteien: auf pactum adiectum, so bei Plaut. Pers. IV, 3, 56. Curc. IV, 2, 8 fg. Most. V, 1, 42 und so auch Zimmern in Rhein. Mus. f. Jur. III, 337. Sell in Sell's Jahrb. II, 11 A. 2. Anders Schilling, Inst. § 292b, der jedoch übersieht, daß dann ein Widerspruch mit A. 98 entsteht. Auch das ädilicische Edict gedenkt nur der Tradition und so zwar in Dig. XXI, 1, 1. § 1: si quid — post venditionem traditionemque deterius emptoris opera — factum erit, wozu vgl. Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. cit. 25. pr.) und in Dig. cit. 38. pr.: uti — ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur.

Quellen zwar nicht besonders bekundet, aber aus 1 b zu folgern ist. Dagegen ist

c. der emtor weder verpflichtet zur solutio per aes et libram von Fungibilien, noch zur Mancipation oder in iure cessio des anderweiten Entgeltes, da die Zeugnisse unter a keine Andeutung hierfür ergeben, so daß auch der emtor nicht gehalten ist, das Entgelt in das ex iure Quir. meum esse des venditor zu übertragen[100].

3. Auf Seiten beider Contrahenten gleichmäßig auf das id quod interest im Falle des Verzuges der vertragsmäßigen Leistung Seitens des Mitcontrahenten:

Sext. Ael. Paetus Catus und C. Livius Drusus (§ XV unter b 2) bei Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38. § 1.): si per emtorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari.

4. Dagegen statuirt das ältere Recht nicht eine gesetzliche Verpflichtung der beiden Contrahenten, bezüglich ihrer Leistungen an den Mitcontrahenten

a. demselben für das ex iur. Quir. meum esse einzustehen oder dafür zu garantiren, wie dieß aus 1 c und 2 c ohne Weiteres sich ergiebt; oder

b. demselben für das sibi habere licere einzustehen, somit ipso iure für Eviction des betreffenden Objectes zu haften; noch auch

c. demselben für das sibi habere licere eine Garantie in Form einer Stipulation zu leisten.

Denn diese beiden letzteren Punkte erhellen mit vollster Bestimmtheit aus

Plaut. Pers. IV, 3, 51 fg.: iste — — adduxit simul | — — liberalem mulierem, | furtivam abductam ex Arabia —. | Eam te volo curare, ut istic vaeneat. | At suo periculo is eam emat, qui mercabitur: | mancupio neque promittet neque quisquam dabit.

---

100) Demnach datirt aus jüngerer Zeit der Rechtssatz bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. § 2): emtor — nummos venditoris facere cogitur; Paul. 32 ad Ed. (D. XIX, 4, 1. pr.); Diocl. im C. Just. IV, 49, 7.

| Probum et numeratum argentum ut accipiat, face. 63: nisi mancupio accipio, quid eo mihi opust mercimonio? IV, 4, 39: prius dico: hanc mancupio nemo tibi dabit. Jam scis? 113: tuo periclo LX haec dabitur argenti minis. IV, 7, 5 fg.: qui mihi furtivam meo periclo vendidit; | argentum accepit, abiit. Curc. IV, 2, 4 fg.: Lu. memento promisisse te, si quisquam hanc liberali | caussa manu adsereret, mihi omne argentum redditum iri, | minas XXX. — — Ca. Memini et mancupio tibi dabo. Cu. Egone ab lenone quicquam | mancupio accipiam, quibus sui nihil est nisi una lingua, | qui abiurant, si quid creditum est? alienos mancupatis: | — — nec vobis auctor ullus est nec vosmet estis ulli;

vgl. Merc. II, 3, 112, wo als Grund, weßhalb man keine Garantie für Eviction übernehmen könne, angegeben wird: non ego illam mancupio accepi.

Denn in der That ergeben sich hieraus allenthalben die beiden Momente: erstens die Mancipation der verkauften Sclavin wird als der einzige und alleinige Grund einer ipso iure eintretenden Haftpflicht für Eviction anerkannt, wogegen bei einfacher Tradition des Kaufobjectes solche Haftpflicht als nicht vorhanden vorausgesetzt wird [101]); und zweitens, da in Pers cit. überhaupt jede Haftung für Eviction abgelehnt wird und zwar in der Wortfassung abgelehnt wird: mancupio non dabitur, nicht aber in der Wortfassung: de evictione non promittetur, somit also die stipulatio duplae vel simplae gar nicht abgelehnt wird, trotzdem daß der Haftung für Eviction ausgewichen werden soll, so ist hieraus anderweit zu entnehmen, daß auch nicht ipso iure dem Verkäufer die Pflicht obliegt, die stipulatio duplae vel simplae zu vollziehen [102]). Und hieraus

101) So auch Bell in Bell's Jahrb. II, 15. A. 1.

102) Damit steht nicht im Widerspruche, daß das ädilic. Edict unter Androhung der a. redhibitoria oder quanti minoris die Verpflichtung auferlegte, beim Verkaufe von Sclaven (nicht aber von iumenta oder anderem Vieh) durch die duplae stipulatio die Evictionshaftung zu übernehmen.

ergiebt sich somit, daß die ältere Zeit die Verbindlichkeit zur Evictionshaftung ausschließlich an die beiden Rechtsgeschäfte anknüpfte der Mancipation einerseits, mit welcher als ipso iure eintretende Folgewirkung eine Haftpflicht auf das duplum verknüpft war[103]), und sodann der stipulatio simplae vel duplae, einer besonderen Vereinbarung solcher Haftpflicht, deren Eingehung wiederum, mit Ausnahme des Falles des ädilicischen Edictes, auf freiem Belieben der Contrahenten beruhte, nicht aber zu einer ipso iure dem Verkäufer obliegenden Verbindlichkeit erhoben war[104]), und welche selbst in ihrer ältesten Conception sich formulirte auf habere recte licere oder später habere licere spondes?[105])

Aus jener Richtung aber der a. ex empto vendito auf traditio zum sibi habere, wie aus dieser additionellen stipulatio de evictione auf habere licere ergiebt sich gleichmäßig mit Bestimmtheit, daß der Kaufcontract des ius gentium nicht aus dem Mancipationsrechte heraus sich entwickelt hat und zwar

---

Denn jenes Edict bezog sich an und für sich nur auf den Marktverkehr und die Marktverkäufe, wie solches dessen Fassung ergiebt bei Gell. IV, 2, 1: (qui mancipia vendit,) titulus scriptorum (vgl. Voigt, Cond. ob caus. 55 unter h) singulorum scriptus sit curato ita, ut[i] intellegi recte possit, quid etc., und wie auch lediglich in solcher Beziehung desselben gedenkt Plaut. Capt. IV, 2, 43. vgl. Vissering, Quaest. Plaut. II, 36 fg. Schubert, de Rom. aedil. 488 fg. Becker, Alterth. II, 2, 321 fg. Platner, Proceß II, 338 fg. Die Anwendung des Edictes auf Käufe über Sclaven außerhalb des Marktes ist Ausdehnung späterer Zeit, ebenso wie die Extension, welche bekundet Lab. bei Ulp. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 1. pr.): edictum aed. cur. de venditionibus rerum esse tam earum, quae soli sint, quam earum, quae mobiles aut se moventes.

103) Vgl. Sell in Sell's Jahrb. III, 37 fg.

104) Die stipulatio simplae wird vereinbart bei Käufen über Sclaven, Schaafe, Ziegen und Schweine bei Varr. RR. II, 10, 5. 2, 6. 3, 5. 4, 5, die stipulatio duplae aber bei Sclaven: Varr. cit. II, 10, 5. Die stipulatio simplae findet sich bei Tradition einer verkauften Sclavin in Plaut. Curc. IV, 2, 4 fg. V, 2, 66 fg. 3, 31 fg. Vgl. Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 187 fg.

105) Ersteres Varr. RR. II, 2, 6. 3, 5. 4, 5, Letzteres Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. pr. § 5. 6), Paul. 72 ad Ed. (D. cit. 83. pr.). Die späteren Conceptionen solcher Stipulation können hier außer Betracht bleiben.

weder insofern, daß man die in der Mancipation enthaltene emtio etwa dann für klagbar erklärt hätte, wenn sie zwar durch Mancipation verlautbart, die Tradition selbst aber nicht sofort erfolgt war (A. 91): denn in solchem Falle griff rei vindicatio, nicht aber a. emti Platz; noch auch insofern, daß man die noch unvollzogene emtio für einen contractus de mancipio dando aufgefaßt hätte: denn dießfalls hätte die a. emti auf mancipio dare, nicht aber auf tradere sich gerichtet. Vielmehr ist der Entwicklungsgang des Kaufrechtes der, daß sich zunächst an die emtio des Mancipationsrechtes die Edicte über die exc. rei vend. et trad. und über die public. Klagen anlehnten (§ XI) und dann erst an dieses honorarische Rechtl die a. ex empto vendito nach anderer Richtung hin sich anschloß.

Und zwar bot dieses honorarische Recht im Besonderen eine zwiefältige Rechtsordnung als solchen Anknüpfungspunkt dar: einestheils, dafern die res nondum usucapta von Seiten des dominus veräußert und tradirt worden war, so war an diesen rein objectiven Thatbestand ein persönlicher Schutz für den Erwerber verknüpft und zwar die exc. rei venditae et trad. wider die rei vindicatio des dominus (§ X), sowie wider den in den Besitz des Objectes zurückgelangten dominus die stärkere Public., die überdem auch dann Platz griff, wenn nicht auf Grund eines Veräußerungsvertrages, als vielmehr aus einer anderen iusta causa die Tradition geschehen war (§ VI); und anderntheils sodann, dafern die res nondum usucapta von Seiten ihres Besitzers veräußert und tradirt, von dem Mitpaciscenten aber bona fide erworben worden war, so gab dieser theils subjective, theils objective Thatbestand dem Erwerber einen dinglichen Schutz in der schwächeren Public., welche wider jeden Besitzer der Sache mit Ausnahme des dominus sich richtete (§ VI). Und indem nun alle diese Rechtsmittel das durch die Tradition begründete habere schützen, damit selbst wiederum ein sibi habere licere begründend (§ XI), so ist es nun jene erstere Rechtsordnung, an welche die a. ex emto vendito sich anschloß: zuerst darin, daß sie auf Tradition zum habere sich richtet; sodann darin, daß sie dieses habere in persönlicher, nicht in dinglicher Richtung schützt; und endlich darin, daß sie nicht den sub-

jectiven Thatbestand der bona fides erfordert: sie schützt nicht die bon. fid. emtio allein, sondern die emtio schlechthin.

Dahingegen zum Schutze des habere licere tritt von vornherein die a. ex empto vendito nicht ein: sie ist nicht Evictionsklage, indem vielmehr der Schutz nach dieser Richtung hin der Vorsicht des Käufers und dem Abschlusse einer stipulatio simplae vel duplae anheimgegeben und so nun auch der geschäftlichen Vereinbarung der Contrahenten es überlassen ist, in diesem Punkte durch stipulatio duplae insbesondere der Tradition gleichen Effect zu verschaffen, welcher ipso iure der Mancipation zukam.

So daher schließt sich die a. ex empto vendito in ihrer juristischen Construction darin auf das Genaueste an die exc. rei vend. et trad. und die a. Public. an, daß sie nur auf tradere nicht auf dare sich richtet und insbesondere der venditor nur das habere, nicht aber das ex iure Quir. meum esse dem emtor zu übertragen hat. Und durch diese Anknüpfung erklärt sich auch solcher an sich so auffällige Rechtssatz: denn der Anschauung des Volkes liegt es um Vieles näher, dem Verkaufe die Verpflichtung zur Uebertragung des Eigenthumes, an Stelle jenes habere unterzulegen, welches überdem in dem römischen Rechte bald zum in bonis esse, bald zur bonae fidei possessio, bald aber auch wiederum zur malae fidei possessio sich gestalten kann; wohl aber sind es jene historischen Motive, welche von dieser der Volksanschauung nächstliegenden Ordnung abgeleitet haben und so zu jener specifisch juristischen Construction hinführten, die man denn auch da fallen ließ, wo jene historischen Motive nicht mehr einwirkten: bei der Abgränzung nämlich der permutatio als eines selbsteigenen Rechtsgeschäftes, wobei die Kaiserzeit in der That die Uebertragung des Eigenthumes erforderte.

Als die allgemeinste Tendenz aber der a. ex empto vendito ergiebt sich nach dem Allem: die Begründung, wenn auch nicht die Garantie desjenigen Besitzverhältnisses, welches des Schutzes der exc. rei vend. et trad., wie der a. Public. theilhaft ist.

Was endlich die für die a. ex empto vendito maaßgebende Bedeutung der emtio venditio anbetrifft, so ist dieß von vornherein der Begriff des entgeltlichen Veräußerungsgeschäftes unter

Lebenden in § XII, dem entsprechend nun die emtio venditio von vornherein außer dem Kaufe auch noch die permutatio, die datio in solutum und wahrscheinlich auch die Zahlung der litis aestimatio umfaßte [106]), nicht minder aber auch die locatio conductio (§ XXI).

## § XV.

### 2. Die Formel und das Alter der a. ex empto vendito.

Die emtio venditio findet nach der älteren Auffassung ihren Schutz durch eine einige Klage, welche a. ex empto vendito heißt [107]) und welche somit gleichmäßig dem emtor wie dem venditor zusteht [108]). Und diese Auffassung, theoretisch bedingt durch das Zusammenfallen der permutatio mit der emtio vend.,

---

106) Datio in solutum: Cic. p. Flacc. 21, 49. 50. wozu vgl. Krüger, proc. Consf. 30 fg. Im Uebrigen vgl. A. 90 u. Schilling, Inst. 288 Zus. 2 § 152 k.

107) So Varr. RR. II, 2, 6. Actio ex emto oder vendito: Sab. bei Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6), Jul. 15 Dig. (D. XVIII, 5, 5. § 2), Ulp. 20. 32 ad Ed. (D. X, 3, 7. § 12. XIX, 1, 13. § 8), Paul. 1 ad Ed. aed. cur. (D. XXI, 1, 43. § 9) u. a. m. vgl. Brisson, de V. S. v. emere § 2. Die Bezeichnung a. emti und venditi ist jüngeren Datums.

108) Varr. RR. II, 2, 6: emtor pote ex emto vendito illum damnare — et ille emtorem simili iudicio; und so auch noch Jul. 25 Dig. (D. XVIII, 4, 19): ex emt. vend. agere; Ulp. 23 ad Ed. (D. XIX, 1, 33): ex emt. et vend. agere; 32 ad Ed. (D. XVIII, 2, 16): emti venditi actio; dann auch Sabin. bei Paul. 2 ad Ed. (D. XVIII, 5, 6): ex emto actio est, Pap. 8 Resp. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 25): ex emto agi, womit die a. venditi gemeint ist (vgl. Schilling, Inst. § 334 o), sowie andererseits Pap. 28 Quaest. (D. XXI, 2, 66. § 2): agere ex vendito und Paul. 5 ad Sab. (D. cit. 26): ex vend. actio, worunter die a. emti verstanden ist; endlich im Allgemeinen Gai. ad Ed. Praet. (D. XIX, 1, 19) veteres in emtione venditioneque appellationibus promiscue utebantur; vgl. Schilling, a. O. § 698 a. Nicht sprechen dagegen Cic. de N. D. III, 30, 74: iudicia quae ex empto aut vendito fiunt; Sen. de Ben. VI, 38, 2: cum constet negotiatio eius ex empto et vendito, da hiermit doch nur besagt ist, daß ebenso aus der emtio, wie aus der venditio Klage gegeben wird. Die Scheidung einer a. emti und a. venditi constatiren besonders Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 11. pr.), Paul. 16 ad Sab. (D. XLIX, 15, 19. § 9); allein dieselbe hat nur eine doctrinelle Bedeutung und erhielt nie eine jurisdictionelle Ausprägung.

ist auch allein entsprechend der processualischen Gestaltung der Verhältnisse: denn es ist eine einzige Klagformel, welche gleichmäßig dem emtor, wie venditor gegeben wird und welche lautet:

Quod Aulus Agerius — —, quidquid parret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Ag. dare facere oportere ex fide bona [109]), quanti ea res erit, tantam pecuniam, iudex, Numerium Neg. Aulo Ag. condemnato; si non parret, absolvito [110]).

Diese Klagformel aber ist in ihrer intentio identisch mit der a. ex stipulatu, welche selbst aus der Zeit kurz nach 523 datirt (Beil. XIX § I unter 4. § II unter 4). Daher ergiebt dieser Sachverhalt ohne Weiteres, daß man die intentio der a. ex empto vendito schlechthin von der a. ex stipulatu entlehnte und auf solchem Wege für die Erstere die Klagformel schuf. Und hieraus nun erklärt sich auch die so auffällige sachliche Allgemeinheit und Unbestimmtheit dieser intentio: dieselbe war bedingt durch jene Entlehnung und hier, wie dort gerechtfertigt dadurch, daß der Inhalt des Contractes für die intentio eine nähere Bestimmung und Begränzung ergab (Beil. XIX A. 43).

Was nun endlich den Zeitpunkt der Constituirung der a. ex empto vendito betrifft, so ist die Letztere

a. jünger, als

1. die XII Taf., welche nach Boëth. in Top. 5, 28. p. 321. wie Cic. Part. Or. 37, 130. de Rep. I, 2, 2. überhaupt kein ius gentium enthalten [110a]), indem dieses vielmehr auf mores, nicht aber auf lex beruht, somit aber auch die emtio venditio nicht als Contract gekannt haben. Vielmehr verstehen die XII Taf. unter venum ire, venum dare und emere das entgeltliche Veräußerungsgeschäft im Gegensatze zum donum dare, als

---

109) Cic. de Off. III, 16, 66. Val. Max. VIII, 2, 1. Gai. IV, 131 a, wo allenthalben in Breviloquenz parret ausgelassen ist; vgl. Pap. 3 Resp. (D. XLVI, 2, 27). Vgl. Keller, Civ.-Pr. A. 295, der ebenfalls parret ausscheidet, vgl. dens. A. 448.

110) Vgl. Gai. IV, 47.

110a) Vgl. hierüber Thl. II § 66 a. E. § 79. A. 684, sowie unten § XXIII.

dem unentgeltlichen Veräußerungsgeschäfte und verbinden damit weder einen technischen Begriff (§ XII), noch auch kennen sie solches als Creditgeschäft, da in dem venum dare, ebenso wie in donum dare der Moment der datio, somit des Geschäftsvollzuges enthalten ist. Insbesondere aber tab. VII, 11 (Inst. II, 1, 41) handelt sicher nicht von der emtio venditio als dem Kaufcontracte des ius gentium (A. 78), während die pignoris datio, welche die XII Tafeln nach Gai. IV, 28 für die emtio hostiae, ebenso wie für gewisse Fälle der locatio iumenti aussprechen, hierin nicht ein Rechtsgeschäft schafft, als vielmehr ein einfaches Lebensgeschäft voraussetzt (Thl. III A. 263), welches um sacraler Rücksichten willen mit jenem ganz extraordinären Schutze bekleidet wird;

2. das Edict über die exc. rei vend. et trad. v. 514—518 (§ XI) und das public. Edict v. 519 (§ VIII): § II;

3. die Constituirung der a. ex stipulatu von kurz nach 523: denn, da es unwahrscheinlich ist, daß die intentio auf quidquid parret — dare facere oportere ex fide bona von der einen Klage auf die andere übertragen ward, ohne daß die Erstere bereits sich eingebürgert hatte und dem Leben vertraut geworden war; und da nun wiederum der Zeitraum zwischen 519 und kurz nach 523 ein zu kurzer ist, als daß eine der beiden fraglichen Klagen, sei es die a. ex stipulatu, sei es die a. ex empto vendito dem römischen Leben hätte vertraut und geläufig werden können, so ist die Annahme abzuweisen, daß zwischen 519 und 523 die a. ex empto vend. geschaffen worden wäre und dann ihre intentio an die a. ex stipulatu abgegeben hätte; vielmehr ist der entgegengesetzte Vorgang als historisch wirklich anzuerkennen.

b. Dagegen ist die a. ex empto vend. älter, als

1. das ädilicische Edict über Sclaven- und Viehhandel, welches zwar jene Klage nicht nennt, aber doch voraussetzt, und welches selbst erwähnt wird von Plaut. Capt. IV, 2, 43.

2. Sex. Aelius Paetus Catus, cos. 556, der wohl in seinen Tripertita jene Klage behandelte nach

Cels. 8 Dig. (D. XIX, 1, 38 § 1): si per emtorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis

per arbitrium indemnitatem posse servari Sex. Aelius et Drusus dixerunt [111]):

3. Plautus, gest. 570, bei welchem die emt. vend. als klagbarer Contract bekundet wird in Rud. (nach 556) und in Pseud. (563), beidemal eine Sclavin betreffend, wie in Most., ein Hausgrundstück betreffend, überdem aber auch der Kauf als Rechtsgeschäft auftritt in Curc. (nach 545), eine Sclavin betreffend [112]), sowie in Truc. (569 oder 570) III, 1, 3 fg., Schafe betreffend, in Pers. IV, 3, 55 fg. 63. IV, 113—121. 5, 4. 6, 1—3., Epid. I, 1, 82. III, 2, 16 fg. 31. V, 2, 38, dann III, 4, 27 fg., sowie II, 2, 102 fg. III, 2, 21 fg., allenthalben Sclavinnen betreffend, wie endlich in Asin. II, 4, 30 fg.;

4. C. Livius Drusus (A. 111), wie M. Porcius Cato Salonianus, gest. 663, zu dessen Zeit die Interpretatio bereits die Anwendung der a. emti nach Analogie des ädilicischen Edictes erweitert hat durch den Rechtssatz: quidquid est in praedio viti, si venditor scit, nisi nominatim dictum est, praestari oportere [113]).

Im Uebrigen wird die a. ex empto vendito noch erwähnt von Varr. u. Cic. (A. 108), von Qu. Muc. Scaev. bei Cic. de Off. III, 17, 70. und Pomp. ad Qu. Muc. (D. XIX, 1, 40); von Trebat. bei Jav. 5 ex Post. Lab. (D. XVIII, 1, 79), wie Ulp. 32. 33 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 22. fr. 17. § 2. fr. 21. § 6) und Marc. 4 Reg. (D. XVIII, 1, 45); von Serv. Sulp. bei Lab. 5 Post. (D. XVIII, 1, 80. § 2) und Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 1, 13. § 30); von Tubero bei Ulp. 32 ad Ed. cit., und von den Veteres überhaupt nach Ulp. 28 ad Sab. (D. XVIII, 1, 7. pr.) und Modest. 5 Resp. (D. XIX, 1, 39).

Nach Alledem aber datirt die a. ex empto vendito aus der Zeit von 525—550.

---

111) Dieser Drusus ist C. Livius Drusus, Bruder des M. Livius, der 632 tr. pl. und 642 Cos. war: Maians. ad XXX JCt. II, 35.

112) Vgl. hierüber Voigt, Cond. ob caus. 255. 250 fg. 253 fg. 249 fg., sowie im Allgemeinen Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 177 fg.

113) Cic. de Off. III, 16, 65 fg. Val. Max. VIII, 2, 1. Einen anderen hierunter fallenden Proceß berichtet Cic. de Orat. I, 39, 178 vgl. Thl. III. § 51.

Und zwar ward dieselbe geschaffen, wie alle Consensualcontracte des ius gentium durch die mores: das Gewohnheitsrecht erklärte die emtio venditio für klagbar, die Interpretatio aber vertrat und präcisirte diesen Rechtssatz und der Prätor verwirklichte denselben, indem er solcher Klage die Formel der a. ex stipulatu zur Verfügung stellte (§ XXIII).

## E. Die rei vindicatio aus der traditio.

### § XVI.

#### 1. Die Rechtssätze über die Usucapion der res mulieris in tutela.

In der römischen Kaiserzeit gilt die Rechtsordnung, daß die Tradition zum Eigenthum bei res nec mancipi das ex iure Quir. meum esse und somit rei vindicatio begründet, nicht aber bei res mancipi, wo sie vielmehr nur in bonis esse und somit exc. rei vend. et trad., wie a. Public. bewirkt, Sätze, welche namentlich Gai. II, 19. 20. 41. 65. 204. mit vollster Bestimmtheit bekundet. Demnach steht die Function der Tradition als Eigenthumserwerbmodus und als Grundlage der rei vindicatio in unmittelbarster Verbindung mit der doctrinellen Scheidung der res mancipi und nec mancipi, während andrerseits auch wiederum der praktische Effect dieser Classification gerade in jener Rechtsordnung gipfelt. Unserer Untersuchung daher, welcher an sich nur die Aufgabe zukommt, den Eintritt der Tradition in die bezeichnete Function chronologisch zu bestimmen, fällt in Folge jenes Sachverhaltes zugleich die andere Aufgabe zu, das Alter jener Classification der res zu fixiren.

Zunächst nun in letzterer Beziehung tritt in unserer Wissenschaft die zwiefältige Ansicht zu Tage: einerseits, daß jene Classification nicht der ältesten Periode des römischen Rechtes angehöre, als vielmehr erst zu einem späteren, nicht näher bestimmten Zeitpunkte der republikanischen Rechtsentwicklung zur Anerkennung gelangt sei, eine Annahme, für welche jedoch Beweisgründe nicht erbracht werden; und andrerseits sodann, daß jene Classification eine uralte sei [114]. Und zwar wird diese

114) Vgl. Schilling, Bemerk. über r. R. G. 152 fg. Walter, Gesch. d. r. R. § 560. 564 (von Serv. Tullius eingeführt).

letztere Annahme von Schilling, a. O. durch folgende drei Argumente gestützt: 1. das alterthümliche Gepräge des Ausdruckes: mancipi für mancipii, und nec für non; allein noch der bei A. 113 erwähnte und dem Ausgange der Republik entstammte Rechtssatz lautet: quidquid est in praedio viti und die Gesetzesurkunden dieser Periode ergeben weitere und zahlreiche Beispiele solcher Verschmelzung des ii zu i [115]); und ebenso verwendet nec für non selbst noch Jul. [116]); 2. Gai. II, 47, worauf alsbald zurückzukommen ist: sowie 3. die innere, aus der Natur der Sache selbst hervorgehende Nothwendigkeit: zu der Zeit, wo jene Classification noch nicht existirte, mußten alle Sachen entweder wie die nachherigen res mancipi oder wie die nachherigen res nec mancipi behandelt werden; und da Letzteres sicher nicht der Fall war, somit also nur die erstere Alternative verbleibt, so ergiebt sich hieraus eine Rechtsordnung, welche unvereinbar ist mit den Bedürfnissen des alltäglichen Verkehres, eine Argumentation, welche auch S. 60 fg. wiederkehrt; allein auf das Trügerische und demgemäß die Werthlosigkeit solcher, an jene ganz correcte Prämisse geknüpften Erwägung ist bereits in Thl. III A. 266 hingewiesen worden. Hiermit übereinstimmend nimmt daher Schilling S. 60 fg. auch an, daß von ältester Zeit her die Tradition von res nec mancipi das ex iure Quir. meum esse gegeben habe.

Ziehen wir nun Gai. II, 47 im Besonderen in Betracht, so besagt diese, in ihrer Lesart mehrfach verderbte Stelle ungefähr: mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore auctore traditae essent: id ita lege XII tab. cautum erat.

Nach Maaßgabe nun des in Thl. III § 49 unter c Festgestellten, daß die römischen Juristen den Gesetzen häufig Rechtssätze beimessen, welche in dem beigemessenen Inhalte nicht jenen Gesetzen selbst angehören, vielmehr der Interpretatio insofern ihre Entstehung verdanken, als solche die originale Bestimmung

115) Corssen, Aussprache II², 697.

116) Jul. bei Ulp. 41 ad Ed. (D. XXXVII, 10, 3. § 10): de parte utique nec litigatur; vgl. Cic. de Leg. II, 9, 22: sacrum commissum, quod neque expiari poterit, und Weiteres bei Ramshorn, lat. Gramm. 525.

des Gesetzes modificirt hatte, ist nun als möglich anzuerkennen, daß gleiches Verfahren auch bei Gai. cit. auftrete; und diese Möglichkeit wird nun zur vollen Gewißheit erhoben durch die anderweiten einschlagenden Zeugnisse, insofern solche ergeben, daß die von Gai. den XII Taf. beigemessene Bestimmung denselben fremd gewesen ist.

Für je die verschiedenen Zeitpunkte der Rechtsentwicklung wird nämlich eine dreifache verschiedene Rechtsordnung bezüglich der in Tutel stehenden mulieres bekundet, und zwar

1. die älteste Zeit betreffend, legt Liv. XXXIV, 2, 11 dem Cato in der suasio legis Oppiae v. J. 559 die Worte in den Mund:

maiores nostri nullam, ne privatam quidem rem agere feminas sine tutore auctore voluerunt;

und diese Angabe wird bestätigt durch Cic. p. Mur. 12, 27: mulieres omnes — maiores in tutorum potestate esse voluerunt, insofern zu Cicero's Zeit jene Rechtsordnung in dem Punkte bereits eine Aenderung erfahren hatte, daß jene alte Strenge und Abhängigkeit der Frauen nur noch gegenüber den legitimi tutores beibehalten, im Uebrigen aber aufgegeben worden war (s. unter 2), dem gegenüber daher die citirten Worte Cicero's bezeugen, daß in früherer Zeit ohne Unterschied des Delationsgrundes der tutela mulieris allgemein die Frauen in voller Abhängigkeit von ihrem Tutor standen. Wenn daher Schulting zu Ulp. fr. XI, 25 bemerkt: oratorie mulierum causam deprimi a Catone apud Livium, so wird diese an sich schon ganz unbegründete Annahme überdem durch das Zeugniß Cicero's widerlegt.

Solche Rechtsordnung aber ist demgemäß auf die XII Taf. zurückzuführen, und zwar ist nach Maaßgabe der Zeugnisse unter 2 in Verbindung mit dem angezogenen Berichte von Gai. II 47 anzunehmen, daß die XII Taf. jene Ordnung in der Form des Urtheiles aussprachen, daß sie die Usucapion derjenigen res untersagten, welche von der in tutela mulieris befindlichen Frau ohne tutoris auctoritas veräußert worden sind [117].

---

117) Daneben wird das Verbot der Veräußerung von res ohne tutoris auctoritas bezüglich der Pupillen bekundet von Gai. II, 80. 22 ad Ed.

2. Sodann berichtet Cicero für seine Zeit

ad Att. (686) I, 5, 6: de tutela legitima, in qua dicitur puella, nihil usucapi potest [118]); und

p. Flacc. (695) 34, 84: nihil potest de tutela legitima sine omnium tutorum auctoritate deminui [119]).

Hierin aber tritt im Vergleich mit der Rechtsordnung der XII Taf. die Abweichung zu Tage, daß das Usucapions-, wie indirect das Veräußerungs-Verbot nicht mehr hinsichtlich der in jedweder tutela mulieris stehenden Frau im Allgemeinen, sondern lediglich noch hinsichtlich der unter legitima tutela: agnatorum, gentilium, patronorum, parentum manumissorum stehenden Frauen im Besonderen in Geltung bestand, somit aber der Anforderung der fortschreitenden Culturentwicklung, welche rechtliche Gleichstellung des Weibes mit dem Manne und Beseitigung der tutela mulieris erforderte, insbesondere darin

---

prov. (D. XXVI, 8, 9. § 1), Ulp. 35 ad Ed. (D. XXVII, 9, 5. § 8), Inst. II, 8, 2 vgl. Rein, Pr. Rt. 525. Und ebenso ist für die älteste Zeit die Unstatthaftigkeit der Usucapion der von Pupillen ohne tut. auct. veräußerten Sachen anzunehmen: Rein, a. O. 257. Sell, dingl. Rechte § 28, sowie A. 126. Auch dieses letztere Verbot ist auf die XII Taf. zurückzuführen, so daß wir denselben die Vorschrift beilegen dürfen: Eorum, qui in tutela sunt, res usucapi non possunt, praeterquam si ab ipsis tutore auctore venditae erant. Es ist hierfür namentlich auch der allgemeine Gesichtspunkt maaßgebend, daß den Pupillen sicher nicht eine größere Freiheit der Action eingeräumt war, als der in tutela stehenden mulier.

118) Vgl. hierzu C. F. Freiesleben, de iis Cic. ep., quae ad ius spect. Lips. 1839. p. 4. — Die pueritia währt zwar vom 7—15. Jahre: Varr. bei Cens. de die nat. 14, 2. Serv. in Aen. V, 295; daß jedoch unter puella ein nicht in tutela impub., als vielmehr in tutela mulier. befindliches Mädchen zu verstehen ist, ergiebt sich daraus, daß bei Veräußerungen, welche die impubes vornimmt, für die legitima tutela nicht ein singuläres Recht gilt, sondern alle Fälle der tutela dem gleichen Rechte unterliegen.

119) Hier handelt es sich um die Valeria, eine verheirathete, gewaltfreie und insbesondere in Ehe ohne manus, daher nun in tutela befindliche Frau. — Wenn Rein, Pr. Rt. 542. A. 1, um den Widerspruch mit Gai. II, 47 zu beseitigen, behauptet, Cicero habe sich ungenau ausgedrückt, da es ihm nicht darauf ankam, eine gründlich juristische Entwicklung jener Verhältnisse zu liefern, so ist dieß sehr irrig: die gründlichste juristische Entwicklung jener Verhältnisse bildete gerade den Schwerpunkt des Processes des Flaccus gegen den Andro Sextilius.

Rechnung getragen worden war [120]), daß man diese Vormundschaft mit Ausnahme der legitima tutela in jener Weise abgeschwächt und gelockert hatte [121]), so daß in Folge dessen die nicht in dieser letzteren Tutel befindliche Frau ihre Vermögensobjecte auch ohne tutoris auctoritas mit der Wirkung veräußern konnte, auf den Erwerber Usucapionsbesitz und zweifelsohne auch die publicianischen Rechte, wie die exc. rei vend. et trad. zu übertragen. Und zwar verdankte dieser Rechtssatz der ciceronianischen Zeit unzweifelhaft der Interpretatio seine Entstehung, deren dießfallsige Operation allerdings unserer Erkenntniß sich entzieht.

3. Endlich eine noch jüngere Rechtsordnung der zweiten Periode stellt unter Anderem den Rechtssatz auf:

tutoris auctoritas necessaria est mulieribus, si rem mancipi abalienent [122]).

---

120) Eine zweite dieser Tendenz angehörige Aenderung der ältesten Rechtsordnung der XII Taf. bietet Cic. Top. 11, 46: non, quemadmodum quod mulieri debeas, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas, item, quod pupillo aut pupillae debeas, recte possis eodem modo solvere. Und zwar bekundet den Rechtssatz: quod mulieri debes, recte ipsi mulieri sine tutore auctore solvas auch Gai. II, 83. 85, wohingegen der Rechtssatz: quod pupillo aut pupillae debes, non recte ipsis sine tutore auctore solvis wesentlich modificirt ist bei Gai. II, 83. 84. — Dann gehört der gleichen Tendenz auch an die Erfindung der tutela fiduciaria: Cic. p. Mur. 12, 27. — Dagegen war beibehalten der Rechtssatz: quod mulier sine tutore auctore promisit, non deberi: Cic. p. Caec. 25, 72.

121) In Folge solcher Abschwächung der tutela mulieris ward nun auch in der Reihenfolge der officia (Thl. III A. 287) die Grad-Abstufung aufgenommen: pupillaris tutela mulieri (leg.: muliebri) praelata: Sab. 3 Jur. civ. bei Gell. V, 13, 5, wovon Cat. bei Dems. § 4 noch Nichts weiß.

122) Gai. I, 192. II, 80. Ulp. fr. XI, 27. Paul. 2 Man. (fr. Vat. 45), woneben dann insbesondere auch noch der Fall steht: tutoris auctoritas necessaria est mulieribus, si civile nogotium gerant: Ulp. cit. und im Besonderen Gai. I, 192. II, 85. u. a. m. vgl. Stehman in Sell, Jahrb. III, 232 fg. — Nicht steht damit im Widerspruche Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 264): matrem, quae sine tutoris auctoritate filio donationis causa praesentes servos mancipio dedit, perfecisse donationem apparuit; denn diese Stelle darf nicht mit Buchholtz in h. l. dahin verstanden werden: die donatio ist perfecta, weil der filius dadurch in die Lage versetzt wird, zu usucapiren, da vielmehr, wenn die Usucapion noch erforderlich wäre, die

Zwischen diesem Rechtssatze und dem bei Cicero (unter 2) waltet aber ein dreifacher Unterschied ob: zuerst der formale Unterschied, daß bei Cicero ebenso, wie in den XII Taf., die betreffende Norm in die Form des Urtheiles gekleidet ist: die Usucapion ist ausgeschlossen, so daß einfach die rei vindicatio auch noch nach ein oder resp. zwei Jahren vorbehalten wird, während die Kaiserzeit sich dahin ausdrückt: die tut. auct. ist zur Veräußerung erforderlich, oder auch, wie bei Gai. II, 80: die Frau kann nicht ohne die tut. auct. veräußern (vgl. A. 117); sodann zweitens, daß Cic. lediglich von legitimus tutor, Gai. wie Ulp. aber vom tutor schlechthin sprechen; endlich drittens, daß Cic. von den res schlechthin, Gai. wie Ulp. aber von res mancipi im Besonderen sprechen. Und indem diese letzteren beiden Punkte eine zwischen Cic. und Gai. eingetretene Aenderung in dem geltenden Rechte bekunden, so offenbart sich nun in dieser Veränderung der Grundgedanke, in der maaßgebenden Beziehung eine Ausgleichung in der Stellung der Frauen gegenüber ihren Tutoren herbeizuführen: die freie und unabhängige, ja selbstständige Stellung, welche dieselben zu Cicero's Zeit den testamentarii und optivi, den cessicii, fiduciarii und den dativi tutores gegenüber einnehmen, ist ihnen auch gegenüber den legitimi tutores beigelegt; allein nach der andern Richtung hin ist diese Selbstständigkeit den Frauen wiederum auf's Neue entzogen worden, insoweit es um die Veräußerung von res mancipi sich handelte. Und zwar ist als der bestimmende Grund

---

onatio gerade nicht perfecta sein würde, wie Pap. cit. (fr. Vat. 259) ergiebt; als vielmehr: die donatio ist perfecta, weil für jenes Geschäft singulärer Weise die tut. auctor. entbehrlich ist und zwar auf Grund der Constitution von Anton. Pius, welche die Schenkungen zwischen Eltern und Kindern von aller und jeder Solennität befreit und nuda voluntas (Tbl. III A. 134) für genügend erklärt: Const. im C. Th. VIII, 12, 4. Diocl. in fr. Vat. 314, wozu vgl. Paul. Sent. rec. IV, 1, 11. Auf Grund dessen aber war zunächst die mancipatio eine in concreto überflüssige Solennität, indem die vollzogene Tradition ausreichend war, daher insoweit der Mangel der tut. auctor. nicht in Betracht kam. Was dagegen den Mangel der tut. auct. bei Veräußerung des res mancipi betrifft, so hat entweder die Constit. von Anton. selbst von diesem Erforderniſſe für die fraglichen Fälle abgesehen oder es hat die Rechtswissenschaft daraus solche Folgerungen abgeleitet; vgl. Schilling, Inst. § 358, b.

dieser letzteren, der ganzen Zeitrichtung direct widerstrebenden Neuerung der Umstand anzusehen, daß man erst nach Cicero's Zeit der Classification von res mancipi und nec mancipi eine so hohe Bedeutung beimaß, um daran die obige Unterscheidung zu knüpfen.

Wenden wir nun nach Alle dem den Blick zurück auf Gai. II, 47, so ergiebt sich, daß Gai. die Rechtsordnung seiner Zeit mit der von Cicero combinirend, obwohl auch hierbei an die Stelle der legitimi tutores die agnati tutores setzend, den XII Taf. beimaß, und zwar hierbei, wie auch andere seiner Allegate aus den XII Taf. andeuten, ebenso aus dem Gedächtnisse arbeitend, wie durch sein Gedächtniß getäuscht. Insbesondere aber ist diese letztere Thatsache schon daraus zu entnehmen, daß es durchaus unwahrscheinlich ist, es seien die agnati gegenüber den gentiles legitimi tutores in jener Weise von den XII Taf. privilegirt worden.

Für die weitere, für unsere Aufgabe wichtige Frage sodann, die durch die obigen Ergebnisse angeregt wird, aus welcher Zeit denn jene unter 3 festgestellte Rechtsordnung datire, bietet einen Anknüpfungspunkt fr. Vat. 1, woraus nach § XVII zu entnehmen ist, daß es die constitutio Rutiliana aus der Mitte des 7. Jahrh. ist, auf welche jener Rechtssatz zurückgeht[128]), indem diese Constitution den Satz aufstellte: der Verkauf der res nec mancipi Seitens der in tutela mul. stehenden Frau ist ohne tut. auctoritas rechtsgültig, so daß der Käufer nach geschehener Preiszahlung durch die Tradition das Eigenthum erwirbt.

## § XVII.

### 2. Die constitutio Rutiliana insbesondere.

Fr. Vat. 1 lautet:

[a.] (qui a muliere) sine tutoris auctoritate sciens rem mancipi emit vel falso tutore auctore, quem sciit non esse, non videtur bona fide emisse itaque et veteres putant et Sabinus et Cassius scribunt.

128) Die lex Claudia de tutelis v. J. 44 steht in keiner Beziehung zu dem obigen Punkte, wie solches irrig annimmt Buchholtz zu fr. Vat. 1, dessen Ansicht ich selbst in Cond. ob caus. A. 127 referirt habe.

[b.] Labeo quidem putabat nec pro emtore eum possidere, sed pro possessore; Proculus et Celsus: pro emtore; quod est verius: nam et fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit et mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest.

[c.] Julianus propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium mulieri dedisset, etiam usucapere et, si ante usucapionem offerat mulier pecuniam, desinere eum usucapere.

Dieser Stelle aber liegt zu Grunde die Scheidung der Vorkommnisse, daß die in tutela mulieris stehende Frau verkauft

I. res nec mancipi; dieser Fall ist nicht besprochen; allein die obige Stelle läßt erkennen, daß, wenn die Frau solche ohne tut. auctor. verkauft, das ius commune Platz greift, d. h. der Käufer und Accipient normaler Weise Eigenthumsrecht erwirbt, die tut. auctor. aber gar nicht erfordert wird;

II. res mancipi, wo nun tut. auctor. erfordert wird.

Sonach aber liegt ebenso der obigen Stelle der in § XVI unter 3 dargelegte Rechtssatz von Gai. und Ulp. zu Grunde, wie auch dieselbe ergiebt, daß solcher Rechtssatz insbesondere bereits den Veteres und Labeo, wie auch dem Sabin. und Cass., dem Proc. und Cels. im Wesentlichen bekannt gewesen ist.

Hinsichtlich des Falles unter II wird nun zunächst das Vorkommniß übergangen, daß die Frau unter tut. auct. verkaufte und mancipirte oder tradirte, indem dießfalls die normalen Rechtswirkungen eintreten und der Käufer sei es ex iure Quir. meum, sei es in bonis esse erwirbt. Vielmehr ist nur das Vorkommniß behandelt, daß die Frau ohne tut. auctor. verkauft, und hier nun wieder der doppelte Fall geschieden, daß

A. der Abkäufer die res mancipi ohne tutoris auctoritas erkauft und tradirt erhält[124]), in der irrigen Meinung, die Frau stehe gar nicht in tutela mulieris[125]) oder ein falsus tutor, der seine Auctoritas interponirt, sei wahrer Tutor. Dieser

---

124) Denn auch die Mancipation, weil ohne tut. auctor. nichtig, kann nur den Werth einer Tradition haben, vgl. A. 122.

125) Dieser Fall ist erst möglich geworden durch die lex Jul. et Pap. Popp.: bis dahin stehen, mit Ausnahme der Vestalinnen, alle Frauen entweder in potestate, manu, mancipio oder in tutela.

Fall ist zwar übergangen, ist jedoch nach Maaßgabe der sonstigen Quellenzeugnisse dahin zu entscheiden:

a. nach der Theorie der Veteres liegt, da das vollzogene Geschäft rechtswidrig und nichtig ist, überhaupt keine emtio im juristischen Sinne vor [126]); demgemäß besitzt der Erwerber nicht pro emtore, sondern nur pro possessore, und folglich hat derselbe weder Usucapion, noch Public. oder exc. rei vend. et trad.;

b. nach der Theorie der Späteren besteht das vollzogene Geschäft trotz seiner Illegalität doch juristisch als emtio [127]); folglich besitzt der Erwerber pro emtore, wie als bon. fid. possessor. Auf Grund dessen aber wird dem Käufer zuerkannt:

aa. die Usucapion, wie dieß ergiebt die Analogie hinsichtlich des furiosus von

Marcell. 17 Dig. bei Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 2. s. unter bb), Paul. 5 ad Plaut. (D. XLI, 3, 13. § 1): eum, qui a furioso bona fide emit, usucapere posse responsum est; 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 16): si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitutum est usucapere utilitatis causa me posse;

und bezüglich des pupillus von

Cels. 25 Dig. (D. XXVII, 5, 2), Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 24), Paul. 5 ad Plaut. (D. XLI, 4, 2. § 15. s. unter bb); vgl. Jul. 44 Dig. (D. XLI, 4, 7. § 3), Ulp. 41 ad Sab. (D. XLVII, 2, 33), Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 3, 4. § 11) [128]);

---

126) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. 204 fg., sowie Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 16): si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, — nulla esset emtio, wo somit jener theoretische Gesichtspunkt noch nachklingt, und wo die daran geknüpfte Folgerung: et ideo neque de evictione nascitur, nec Publiciana competit doch wohl Ueberlieferung dieser älteren Theorie ist; vgl. auch A. 127.

127) Vgl. Voigt, a. O. 211. Paul. läßt in den obcitirten Stellen durch das responsum est, constitutum est, dicimus erkennen, daß er ebenso diese Lehrmeinung nicht als consequent ansieht, als auch, daß dieselbe erst einer jüngeren Theorie ihre Entstehung verdankte; vgl. A. 117.

128) Paul. 7 ad Plaut. (D. XLI, 1, 48. pr.) ist zu verstehen von pupillaria praedia rustica oder suburbana, welche ohne Decret veräußert worden sind; in 15 ad Plaut. (D. VIII, 6, 10. pr.) leugnet dagegen derselbe den Verlust der Servitut durch non usus für den Pupillen. Im All-

bb. die Public., und zwar ebenfalls nach Analogie des bezüglich des pupillus wie furiosus geltenden Rechtes:

Gai. 7 ad Ed. prov. (D. VI, 2, 13. § 2): qui a pupillo emit, probare debet tutore auctore et lege non prohibente se emisse; sed et si deceptus falso auctore emerit, bona fide emisse videtur [129]);

Ulp. 16 ad Ed. (D. VI, 2, 7. § 2): Marcell. lib. 17 Dig. scribit eum, qui a furioso ignorans eum furere emit, posse usucapi; ergo et Publicianam habebit.

Dahingegen werden diese Rechtsmittel wiederum versagt von

Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 16): si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, constitutum est usucapere utilitatis causa me posse, quamvis nulla esset emptio: et ideo neque de evictione actio nascitur mihi, nec Publiciana competit, nec accessio possessionis (vgl. A. 126).

cc. Endlich die weitere Frage, ob in dem fraglichen Falle der Käufer das in bonis esse oder aber die bon. fid. possessio erwerbe, beantwortet sich nach Analogie von

Pomp. 17 ad Sab. (D. XVIII, 1, 26): si sciens emam ab eo, cui bonis interdictum sit, — dominus non ero;

Gai. 12 ad Ed. (D. XXVI, 8, 9. § 2): pupillus ex omnibus causis solvendo sine tutoris auctoritate nihil agit, quia nullum dominium transferre potest; II, 82: si pupillus idem fecerit (sc. mutuam pecuniam alicui sine tutoris auctoritate dederit), pecuniam non facit accipientis; vgl. Jul. 10 Dig. (D. XII, 1, 19. § 1);

Ulp. 30 ad Sab. (D. XLVI, 3, 14. § 8): si dederit nummos (sc. pupillus sine tutoris auctoritate), non fient accipientis vindicarique possunt.

---

gemeinen vgl. Unterholzner, Verjährungslehre § 86. Sell, dingl. Rte. § 28. Göschen, Vorlesungen II, 1. S. 101. Vangerow, Pand. I. § 317 unter A 5.

129) Das lege non prohibente bezieht sich auf eine dem römisch-italischen Rechte unbekannte Beschränkung der Veräußerungsbefugniß des Vormundes in dem ius provinciale; vgl. Platner, Proceß II, 281 fg. — Dem deceptum a falso tutore emere steht gleich das emere a pupillo, quem puberem esse putem. — Vgl. zu dem Obigen A. 30.

Denn hiernach erwirbt der Empfänger nicht das in bonis esse, als vielmehr nur die bon. fid. possessio, ein Resultat, auf welches auch hinweist die Argumentation in fr. Vat. 1 a: non videtur bona fide emisse. Daher hat denn der Erwerber einestheils diejenige Usucapion, welche das Eigenthumsrecht überhaupt erst begründet, so daß demnach bona fides ein wesentliches Erforderniß derselben ist (bei A. 42), und anderentheils hat derselbe nicht die stärkere Public. wider den dominus, sondern lediglich die schwächere Public. wider jeden anderen dritten Besitzer (bei A. 57), während wider den dominus ihm schwerlich die exc. rei vend. et trad. (A. 64), zweifelsohne aber doch die exc. doli zusteht. Der Widerspruch aber, der darin liegt, daß in dem hier fraglichen Falle eine Veräußerung von Seiten des dominus statt hat und doch wiederum dem Erwerber weder das in bonis esse mit seiner Usucapion, noch auch die stärkere Public. wider den dominus zusteht, löst sich in der Weise, daß nach einer der Republik angehörigen und noch in der Kaiserzeit maaßgebenden Theorie functionär der Vormund, nicht aber der Bevormundete dominus ist [130]), so daß insofern in dem obigen Falle in Wahrheit nicht der dominus, als vielmehr der non dominus die Veräußerung vollzog.

B. Der andere Fall sodann, daß der Abkäufer die res mancipi ohne tutoris auctoritas erkauft und tradirt erhält in dem Bewußtsein, daß die Frau in tutela mulieris steht oder ein falsus tutor die Auctoritas interponirt, ist nun in der obigen Stelle eingehend erörtert und zwar ex professo in Bezug auf die Usucapion, welche somit das Hauptthema der Erörterung bildet: denn nicht allein besagt dieß Jul. (unter c) ausdrücklich, sondern es erhellt auch aus der Terminologie, deren Lab., Proc.

130) Cic. Tusc. III, 5, 11: eum (sc. furiosum) dominum esse rerum suarum vetant XII tab.; Acr. in Hor. Sat. II, 3, 216: apud veteres insanis a praetoribus ius dominii auferebatur; und dann bereits abgeschwächt: Jul. 22. 44 Dig. (D. XLVI, 2, 56. § 4. XLI, 4, 7. § 3): tutor domini loco habetur; Ulp. 70 ad Ed. (D. XL, 17, 157. pr.): qui vice dominorum sunt, velut tutoribus et curatoribus; Paul. 7 ad Plaut. (D. XXVI, 7, 27): tutor domini loco haberi debet. Nicht widerspricht, wenn der Verf. von fr. Vat. 1 sagt: fructus voluntate dominae percipit (unter b), da hier nicht die functionäre Beziehung in dem Verhältnisse, als vielmehr die Rechtszuständigkeit an sich in das Auge gefaßt ist.

und Cels. (unter b) sich bedienen: pro emtore, pro possessore possidere, indem diese Terminologie, abgesehen von der hered. petitio und dergl., lediglich in Betreff der Usucapion und longi temporis praescript., insbesondere aber nicht bezüglich der Public. sich vorfindet [131]). Dahingegen die Frage wegen des Fruchterwerbes des possessor ist nur adminiculirend: gleich als Beweisgrund für das Hauptthema berührt. Hinsichtlich der Usucapion aber werden zwei Ansichten referirt: einerseits die des Julian, der die Usucapion zuläßt (unter c), und andrerseits die der Veteres, des Lab. und Cass., wie des Lab., Proc. und Cels. (unter a. b), welche die Usucapion absprechen, ein Sachverhalt, der aus der Gegenüberstellung der Ansicht Julians: etiam usucapere als zweifellos sich ergiebt. Im Besonderen aber referirt jene Stelle vier verschiedene Lehrmeinungen:

aa. der Veteres, wie des Sab. und Cass. unter a, somit der Sabinianer: non videtur bona fide emisse, womit übereinstimmt

Paul. 8 ad Sab. (D. XVIII, 1, 27): qui sine tutoris auctoritate a pupillo emit vel falso tutore auctore, quem scit tutorem non esse, non videtur bona fide emere, ut et Sabinus scripsit;

und wo sonach an sich nur die bona fides des Erwerbers negirt wird. Damit aber werden dem Erwerber alle diejenigen Rechtsvortheile abgesprochen, welche eine possessio voraussetzen, die ebenso auf einem titulus, wie auf der bona fides beruht, nämlich Usucapion, welche die bon. fid. poss. in dominium verwandelt, und long. temp. praescr., die schwächere Public., die vindicatio in servitutem des emtor wider denjenigen maior XX annis, qui pretii participandi causa venum se dari passus est, die Stellung als bon. fid. poss. gegenüber der rei vindicatio mit Entbindung von der Pflicht, die consumirten Früchte zu restituiren, wie der Erwerb des Eigenthumsrechtes an den Früchten des Besitzobjectes durch Separation und der Erwerb desjenigen, was der servus alienus oder liber homo possessus theils ex operis suis, theils ex re possessoris erwirbt [132]). Dahingegen wird durch jenen Ausspruch an sich

131) Voigt, a. O. 191. 193 fg.

132) Daß auch bezüglich dieser drei letzteren Momente nicht bloß bon.

nicht auch die causa oder der titulus possessionis: die emtio selbst negirt, so daß die Frage auftritt, ob etwa dem Erwerber diejenigen Rechtsvortheile zugestanden sein sollen, welche lediglich den titulus, nicht aber die bon. fides erfordern, nämlich die Usucapion, welche das in bonis esse in meum esse ex iure Quir. verwandelt, die stärkere Public. und die exc. rei vend. et trad. Allein aus dem unter A a und b cc Bemerkten erhellt, daß Letzteres nicht der Fall sein kann, somit also der obige Ausspruch in dem Sinne zu nehmen ist, daß stillschweigend Nichtexistenz der causa wegen Illegalität der abgeschlossenen emtio vorausgesetzt, ausdrücklich aber die bona fides negirt wird. Demnach aber, da dem Erwerber ebenso bon. fid., wie titulus fehlt, besitzt derselbe pro praedone [133]).

bb. Sodann Labeo unter b sagt: nec pro emtore is possidet, und damit stimmt überein

Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 1): si a furioso emero sciens, pro possessore possideo [134]).

Da nun das Wesen der possessio pro possessore im Allgemeinen im Unterschiede von der pro praedone insbesondere darin besteht, daß entweder die bon. fides oder aber der titulus mangelt, das Andere von Beiden aber vorhanden sein kann [135]), so kann durch jenen Ausspruch ebenso die bon. fides, wie die emtio, als auch Beides zusammen negirt sein. Allein sicher wollte Lab. dem Erwerber den titulus absprechen, da er nach Maaßgabe von A b cc demselben sicher nicht das in bonis esse

---

fid., sondern auch titulus erforderlich ist, ergiebt z. B. Paul. 6 ad Plaut. (D. XLI, 1, 57) und Jul. das. vgl. Backe, bon. fid. poss., quemadmodum fructus suos faciat. Berol. 1825. p. 146 fg. Unterholzner im Arch. f. civil. Prax. VIII, 332. Göschen, per eum hominem, qui serviat, quemadmodum nobis acquir. Götting. 1832. p. 16. — Außer Betracht bleiben die possessio pro herede gegenüber der hered. pet. und dem interd. quor. bon., welche ebenfalls bon. fid. und titulus erfordert.

133) Vgl. Voigt, a. O. A. 110. Anders Leist in Glück, Pand. Buch 37 und 38. Thl. I, 237 A. 42, wonach der mal. fid. possessor, welcher einen titulus possessionis hat, als praedo besitzen soll; dann würde das im Texte unter cc Beigebrachte völlig unbegreiflich sein.

134) Vgl. Jul. bei Ulp. 15 ad Ed. (D. V, 3, 13. § 1) und Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 6, 1. § 2), Ulp. 73 ad Ed. (D. XLI, 2, 16).

135) Vgl. Voigt, a. O. 195.

zuerkannte. Und da nun wiederum die bon. fides allein und ohne einen titulus mit keiner besonderen Rechtswirkung ausgestattet ist, so stimmt dennach im sachlichen Ergebnisse dieser Ausspruch mit dem unter aa völlig überein. Die Verschiedenheit daher zwischen beiden Ausdrücken ist rein terminologisch: Labeo adoptirte die Terminologie des Qu. Mucius bezüglich der genera possessionum [136]), welche die Veteres, wie Sab. und Cass., unter aa nicht anwendeten.

cc. Endlich Proc. und Cels., somit die späteren Proculianer sagen: pro emtore is possidet, und messen dadurch nun dem Erwerber possessio pro emtore bei, wenn gleich demselben die bona fides fehlt. Damit aber stimmt terminologisch überein:

Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 1): separata est causa possessionis et usucapionis: nam vere dicitur quis emisse, sed mala fide, quemadmodum qui sciens alienam rem emit, pro emtore possidet, licet usu non capiat [137]).

Diese Terminologie aber trägt insofern den Charakter des höchst Singulären an sich, als gemeinhin zur possessio pro suo mit ihren Unterarten als pro emtore, pro donato und dergl. gleichmäßig ebenso bona fides, wie titulus erfordert wird [138]), während nun in den obigen Aussprüchen eine possessio pro emtore auch demjenigen beigemessen wird, welchem nur die emtio als titulus, nicht aber die bona fides zur Seite steht und welchem nun nach der gemeinen Terminologie nur possessio pro possessore zukommt. Und zwar liegt die theoretische Pointe dieser eigenthümlichen Theorie in dem Rechtssatze, daß nur die Veräußerung von res mancipi Seitens der in tutela mulier. stehenden Frau die tutor. auctor. erfordere, indem man hieraus nun folgerte, daß die Frau, wie die res nec mancipi, so auch die possessio der res mancipi ohne tutor. auctoritas veräußern

136) Vgl. Voigt, a. O. 192 fg.

137) Hierdurch wird die Annahme begründet, daß fr. Vat. 1 aus Paul. 54 ad Ed. entlehnt sei: Voigt a. O. A. 109. Die Annahme von Mai, daß jene Stelle aus Paul. 8 ad Sab. (D. XVIII, 1, 27) entlehnt sei, ist bedenklich, weil in den fr. Vat. Paul. ad Sab. gar nicht benutzt ist.

138) Voigt, a. O. 195.

könne: „mulier sine tutoris auctoritate possessionem alienare potest", eine Schlußfolgerung, die auch bezüglich der Veräußerung Seitens der Pupillen, wie furiosi in das Auge gefaßt, hier aber um deßwillen verworfen wurde, weil diesen alle und jede Veräußerung versagt war [139]. Dagegen die praktische Pointe jener Theorie liegt in dem Satze: „fructus suos facit, quia scilicet voluntate dominae percipit". Denn konnte die Frau ohne tutor. auctor. die possessio der res mancipi rechtsgültig veräußern, so war der wissentliche Erwerber zwar hinsichtlich der res ipsa in mala fide und daher possessor pro possessore, dagegen hinsichtlich der possessio rei war er in bona fide und zugleich possessor pro emtore, daher er nun als bon. fid possessor possessionis an den Früchten der Sache durch Separation Eigenthumsrecht erwarb [140].

Sonach aber stimmen alle jene Aussprüche unter aa, bb und cc darin überein, daß in dem beregten Falle dem Abkäufer keine Usucapion zukomme [141], ein Rechtssatz, der auch für die donatio bestätigt wird durch

Pap. 12 Resp. (fr. Vat. 259): mulier sine tutoris auctoritate praedium stipendiarium instructum non mortis causa Latino donaverat. Perfectam in praedio ceterisque rebus nec mancipi donationem esse apparuit, servus autem et pecora, quae collo vel dorso domarentur, usu non capta; si tamen voluntatem

139) Marc. 3 Inst. (D. XLI, 1, 11): pupillus — alienare — nullam rem potest nisi praesente tutore auctore et ne quidem possessionem, quae est naturalis, ut Sabinianis visum est; quae sententia vera est; vgl. Ulp. 30 ad Sab. (D. XLI. 2, 29): possessionem pupillum sine tutoris auctoritate amittere posse constat, non ut animo, sed ut corpore desinat possidere: quod est enim facti, potest amittere. Alia causa est, si forte animo possessionem velit amittere: hoc enim non potest; Paul. 54 ad Ed. (D. XLI, 4, 2. § 16): si a furioso, quem putem sanae mentis, emero, — competit — nec accessio possessionis.

140) Unter dem fructus suos facit, quia percipit ist Eigenthumserwerb durch Separation, nicht aber durch Perception zu verstehen, vgl. Paul. 7 ad Plaut. (D. XLI, 1, 48. pr.), Unterholzner in A. 135 S. 333.

141) Vgl. auch Paul. 5 ad Plaut. (D. XLI, 4, 2. § 15): quod si scias pupillum esse (sc. emens ab hoc sine tutoris auctoritate), putes tamen pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare, non capies usu, quia iuris error nulli prodest.

mulier non mutasset, Latino quoque doli profuturam duplicationem respondi [142]).

dd. Dahingegen stellt nun Julian, abweichend von den älteren Sabinianern, unter c den Satz auf: qui pretium mulieri dedit, etiam usucapit. Und indem nun dieser Satz durchaus singulär ist insofern, als er trotz der malae fidei possessio des emtor solchem die Usucapion zuspricht, so wird nun diese Anomalie, welche den höheren und leitenden Rechtsprincipien geradezu widerstreitet, begründet auf dem einzig möglichen Wege: durch die Bezugnahme auf einen anderen, eine Analogie bietenden Rechtssatz, und zwar auf die constitutio Rutiliana und die Bedeutung, welche diese der pretii datio beimißt: „propter Rutilianam constitutionem eum, qui pretium dedisset, usucapere".

Demnach nun regelte diese const. Rutil. den Thatbestand: dafern Jemand von einer in tut. mul. stehenden Frau ohne tut. auctor. eine Sache, sei es entweder eine res mancipi oder sei es eine res nec mancipi, erkaufte und übergeben erhielt [143]), wie den Kaufpreis dafür zahlte; und knüpfte nun an diesen Thatbestand eine der Usucapion analoge Rechtswirkung.

Zunächst jedoch jene erstere Möglichkeit, daß die const. Rutil. die res mancipi betroffen habe, ist zu verwerfen um deßwillen, weil jede der Usucapion analoge Rechtswirkung fehlt, welche an jenen Thatbestand hätte geknüpft sein können, insofern, da Usu-

---

142) Vgl. A. 65a. Wenn Huschke in Jurispr. Anteiust. hierzu bemerkt: non quod mulier sine tutore auctore donaverat, sed quod Latinus ex lege XII „adversus hostem aeterna auctoritas esto" usucapere non poterat, so ist dieß irrig; denn einmal haben die Latini ganz unzweifelhaft commercium und sind somit der Usucapion fähig (Thl. II § 97), und sodann weist die Bemerkung „sine tutore auctore" donaverat deutlich genug darauf hin, daß hierin das Hinderniß der Usucapion lag, da andernfalls ja dieser Moment als ganz unwesentlich aus der Relation des Thatbestandes weggelassen worden wäre. Vgl. auch Schilling, Inst. § 356 nn.

143) Die weitere Scheidung, ob der Betreffende wissentlich oder unwissentlich, daß die Frau in Tutel stehe, erkaufte, konnte Rutilius nicht machen, da zu seiner Zeit d. h. vor der lex Jul. et Pap. Popp. jede nicht gewaltuntergebene Frau in Tutel stand (A. 125), somit nur aus error iuris Jemand eine gewaltfreie Frau für Tutel-frei halten konnte, worüber vgl. A. 141.

capion, wie Eigenthumsrecht außer Frage bleiben, nur Public., wie exc. rei vend. et trad. in Betracht kommen, und diese nun als Rechtswirkung solchen Thatbestandes von Rutilius sicher nicht gesetzt worden sind. Allerdings zwar mißt Huschke in Ztschr. f. Civ. Rt. und Proc. 1856. N. F. XIV, 20. A. 3 der const. Rutil. den Inhalt bei: foeminam, si mancipi rem sine tutoris, praeterquam legitimi agnati, auctoritate alienasset, nisi refuso pretio, quod pro ea accepisset, improbe eam rem vindicare; allein sicher ist hierbei irrig die Distinction der Veräußerung Seitens der in legitima agnatorum und in anderer tutela stehenden Frau, da dießfalls ja die Voraussetzung fehlen würde, unter der Julian auf jene Constitution sich berufen konnte zur Analogie eines für alle Tutelen gleichmäßig gültigen Rechtssatzes. Indeß selbst dann, wenn wir ohne diese Beschränkung die constit. Rutil. im Sinne Huschke's, aber im Ausdrucke verbessernd dahin reconstruiren: mulieri, si rem mancipi sine tutoris auctoritate venditam sibi vindicet, nisi pretium acceptum offerat, exc. rei vend. et trad. obstat, so verbleibt das aus A. 64 sich ergebende Bedenken, daß die Exception eine nicht rechtswidrige emtio voraussetzt, überdem aber auch zur Zeit des Rutilius jedenfalls die exc. doli genügte, wie ohne besondere Constitution verwendet wurde, dafern die Frau ohne Restitution des Kaufpreises das Kaufobject vindicirte. Und ebensowenig steht sodann nach Maaßgabe des unter A cc Dargelegten dem emtor wider die Frau die Public. zu, daher nun auch als irrig zu verwerfen ist die Restitution der const. Rutil., welche Buchholtz zu fr. Vat. p. 4 giebt: ei, quem rei vend. et trad. exc. tuetur, Public. in rem actio competit; denn für diesen Satz, als generelle Norm aufgefaßt, bedurfte es gar keiner Constitution, da er auch ohne solche schon auf Grund des Edictes galt, insofern mit der stärkeren Public. jene Exception Hand in Hand geht (§ XI), während derselbe, als specielle Norm für den in Frage stehenden Fall aufgefaßt, nach Maaßgabe des unter A cc Bemerkten der geltenden Rechtsordnung widerstreitet.

Sonach aber hat die constit. Rutil. vielmehr den Thatbestand geregelt: dafern Jemand von einer in tutela mulieris stehenden Frau ohne tut. auctor. eine res nec mancipi erkauft und übergeben erhält und den Kaufpreis dafür zahlt, und hat

hieran nun eine Rechtsfolge angeknüpft, welche eine Analogie für die Usucapion der res mancipi bot. Und als solche Rechtswirkung bietet sich nun ohne Weiteres der Satz, daß solchenfalls der Käufer das ex iure Quir. meum esse erwerbe, so daß wir hiernach die const. Rutiliana dahin restituiren können:

Qui a muliere sine tutoris auctoritate rem nec mancipi emit et accepit, pretio dato eius rei dominus est.

Hiernach aber ergiebt sich in Verbindung mit § XVI folgender rechtshistorische Entwicklungsgang des einschlagenden Rechtes:

1. Nach den XII Taf. ist jede Veräußerung Seitens der in tutela mul. stehenden Frau ohne tut. auct. nichtig;

2. Zu Cicero's Zeit ist auf Grund eines Rechtssatzes der Interpretatio die Veräußerung Seitens der in tutela mul. stehenden Frau nur dann nichtig, wenn sie ohne legitimi tutor. auctor. geschah; geschah sie dagegen ohne Auctoritas eines anderen Tutor, so erlangt der Erwerber Usucapion, wie die public. Rechte und die exc. rei vend. et trad.;

3. Nach Maaßgabe der const. Rutiliana ist der Verkauf der res nec mancipi Seitens der in tutela mul. stehenden Frau ohne tut. auctor. rechtsgültig, so daß der Käufer nach geschehener Preis-Zahlung durch die Tradition ex iur. Quir. meum esse erwirbt. Dagegen die Veräußerung der res mancipi ohne tut. auctor. ist nichtig.

4. das Recht der const. Rutiliana ward später dahin ausgebildet:

a. jedwede Veräußerung der res nec mancipi Seitens der in tutela mul. stehenden Frau ist ohne tut. auctor. rechtgültig, so daß nach generellem Rechte der Erwerber ex iur. Quir. meum esse erlangt: Gai. II, 80. 81. 85;

b. die Veräußerung der res mancipi Seitens solcher Frau ist ohne tut. auctor. ungültig: A. 122;

c. dafern die Veräußerung unter b dennoch geschieht, so wird dadurch

aa. für den Erwerber, welcher in bona fide ist, nach der Theorie der Veteres weder Usucapion, noch Public., noch exc. rei vend. et trad. begründet, obwohl etwa exc. doli gegenüber der Vindication, welche ohne Restitution eines empfangenen Kaufpreises erhoben wird; dagegen nach der Theorie der

Kaiserzeit kommt demselben Usucapion zu, welche das Eigenthum begründet, wie die schwächere Public. und jene exc. doli, nicht aber Usucapion, welche das in bonis in das ex iur. Quir. meum esse verwandelt, noch auch die stärkere Public. und die exc. rei vend. et trad.: unter A;

bb. dafern aber der Erwerber in mala fide ist, so erlangt er, abgesehen von der Lehrmeinung Julians, weder Usucapion, noch Public. oder exc. rei vend. et trad.: unter B.

Jene constit. Rutiliana selbst aber ist eine jener zahlreichen constitutiones Veterum 144) und entstammt von P. Rutilius Rufus 145), welcher 649 Consul, somit 646 Prätor war und 662 in's Exil nach Smyrna ging, datirt somit aus der Mitte des 7. Jahrh.

## § XVIII.

### 3. Das Alter der Scheidung von res mancipi und nec mancipi, wie der Anerkennung der Tradition als Eigenthums-Erwerbmodus.

Aus § XVI ergiebt sich das Resultat, daß für die Ansicht, es sei die Classification von res mancipi und nec mancipi in dem römischen Rechte eine uralte, Beweisgründe nicht erbracht sind, insbesondere aber Gai. II, 47 sicher nicht als Zeuge dafür dienen kann. Setzen wir daher die Möglichkeit, daß jene Classification erst einem späteren Zeitpunkte ihre Entstehung verdankt, wie dieß z. B. Hugo, R. G. 11. Aufl. S. 187 statuirt, so würden nun in Rücksicht auf die in § XVI dargelegte innige Beziehung, welche zwischen jener Classification und der Function der Tradition als Eigenthums-Erwerbgrund besteht, folgende historische Phasen zu statuiren sein: von Alters her die gleich-

---

144) Dirchsen, Beitr. 175. 177 A. 41; so z. B. oben A. 113. Thl. III A. 645. Wenn Dircksen selbst a. O. und zweifelnd auch Huschke in Ztschr. f. Civ. Rt. u. Proc. 1856. N. F. XIV, 20. A. 2 darunter an ein prätor. Edict denken, so halte ich dieß für ungerechtfertigt: denn die Bezeichnung constitutio ist für das Edict völlig unerwiesen, wogegen die Ausdrücke: edictum (so Carbonianum, successorium) oder clausula (so generalis) dafür üblich sind: Weyhe, libr. III Ed. 121 fg. Den. Tex, III font. iur. Rom. 41 fg. Rein, Pr. Rt. 64. Vielmehr ist die const. Rutil. parallel der regula Catoniana, praesumtio Muciana u. dgl.

145) Vgl. Huschke a. O. S. 20.

mäßige Rechtsordnung für alle res, daß die Eigenthumsübertragung durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht durch Tradition, vielmehr einzig und allein durch mancipatio oder auch in iure cessio geschehen kann[146]); sodann später der Rechtssatz, daß auch traditio ex iusta causa ein zur Uebertragung des Eigenthums geeigneter Modus sei, gegenüber welchem Satze dann endlich alsbald die Classification von res mancipi und nec mancipi aufgestellt ward, um damit für solchen Rechtssatz eine Beschränkung hinsichtlich der res mancipi festzustellen, eine Ausschließung somit der Tradition als Eigenthums-Erwerbgrund bezüglich dieser res zu begründen.

Prüfen wir nun im Hinblick auf diese Sätze das einschlagende rechtsgeschichtliche Material, so ergeben sich aus solchem folgende Daten:

A. die Function der Tradition als Eigenthums-Erwerbmodus und die Classification von res mancipi und nec mancipi ist jünger, als

1. die XII Taf. Denn dieß ist zu entnehmen zunächst bezüglich dieser Classification aus dem Stillschweigen der Quellen, indem die Schriftsteller, welche ex professo davon handeln: Gai. I, 120. II, 15—17. Ulp. XIX, 1 hierbei in keiner Weise der XII Taf. gedenken. Diese Thatsache aber wird um so significanter dadurch, daß einestheils erweislich die Zahl der res mancipi im Laufe der geschichtlichen Entwicklung vermehrt worden ist und zwar die quadrupedes, quae dorso collove domantur später zu res mancipi qualificirt worden sind, als die übrigen res (unter C), dieser Umstand aber den classischen Autoren es nahe legte, anzugeben, welche res mancipi etwa bereits von den XII Taf. als solche anerkannt waren; andererseits aber auch die XII Taf. in der That naheliegende Veranlassung hatten, jene Classification, deren Bekanntschaft vorausgesetzt, zu erwähnen, so insbesondere ebenso bezüglich der noxae datio (vgl. Thl. III A. 215), als auch innerhalb der bezüglich der leg. a. sacramento aufgestellten Classification von pretiosiores res im Werthe von 1000 Aß und darüber und von

146) Vgl. Schilling, Bemerk. über r. R. G. 154.

minder werthvollen Sachen unter 1000 Aſſ[147]. Wohl aber haben andrerseits wiederum die XII Taf. die Classification von Immobilien und Mobilien bei Gelegenheit der Usucapion aufgestellt.

Aehnliches Verhältniß waltet aber auch hinsichtlich der Tradition ob: während die Mancipation geregelt wird durch das Gesetz: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto, und ebenso die in iure cessio einer Normirung theilhaft war[148], so wird nicht die leiseste Andeutung gegeben, daß die traditio ex iusta causa von den XII Tafeln als Eigenthums-Erwerbmodus anerkannt worden wäre, trotzdem daß in äußerst zahlreichen Stellen die Lehre von der Tradition zum Eigenthum behandelt wird und überdem dieselbe nicht frei war von Zweifeln und Controversen[149], ja erweislich die XII Tafeln sogar des Ausdruckes tradere sich bedienten[150]. Hinwider aber ergiebt kein Gegenargument weder das angebliche XII Taf.-Gesetz: venditae res et traditae non aliter emtori acquiruntur, quam si is venditori solverit, da das betreffende Gesetz sicher in entstellter Fassung und in modernisirter Verwandlung seines Sinnes in jenem Referate überliefert ist (A. 78); noch auch das Bedenken, welches Leist, Mancipation 234 fg. geltend gemacht, daß nach diesem nämlichen Gesetze die nuda traditio am Kaufgelde quiritisches Eigenthum übertragen habe: denn unter jenem Kaufgelde ist einzig und allein das Mancipations-Pretium verstanden (A. 78) und dieses wird zwar vor dem Aussprechen der Mancipationsworte gezahlt, allein durch die nachfolgende Mancipation sofort auch legalisirt oder

---

147) Vgl. Gai. I, 192, wo die res mancipi als die pretiosiores res bezeichnet werden.

148) Paul. 1 Man. (fr. Vat. 50): et mancipationem et in iure cessionem lex XII tab. confirmat.

149) Vgl. Voigt, Cond. ob caus. § 28.

150) Marc. 14 Inst. (D. XLVIII, 4, 3. pr.): lex XII tab. iubet eum, qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit, capite puniri, wozu vgl. Beil. XI A. 9. Dann Fest. p. 309: „sub vos placo“ in precibus fere cum dicitur, significat id, quod supplico, ut in legibus „transque dato“ et „endoplorato; p. 352: [„transdato“ nota]vit Aelius in XII sig[nificare „tradito“], wozu vgl. Schöll, leg. XII tab. 163.

solennisirt: mihi emptus esto centum hoc aere aëneaque libra (Thl. III A. 66), so daß daher aus dieser Clausel gerade im Gegentheile zu entnehmen ist, daß nicht die nuda traditio, als vielmehr die in der Mancipation liegende solutio per aes et libram: das rauduscolo libram ferire das Eigenthumsrecht an dem Gelde übermittelte.

2. Dem Edicte über die exc. rei vend. et trad. v. 514—518 liegt als nothwendige Voraussetzung die Thatsache zu Grunde, daß die Tradition noch nicht die Uebertragung des Eigenthumsrechtes vermittelte: § X unter 2b.

3. Das public. Edict von 519 lautet in seiner einen Clausel: si quis id, quod ei traditum est ex iusta causa, — — petet (§ IV), wogegen die entsprechende Klagformel lautete: si quam rem suam Num. Negidius Aul. Agerio tradidit ex iusta causa (§ V). Daraus erhellt, theils daß zur Zeit des Edictes die traditio ex iusta causa ganz allgemein nicht Eigenthumsrecht und nicht rei vindicatio, sondern lediglich die Public. erzeugte, theils daß demgemäß das Edict die Classification von res manc. und nec manc. noch nicht kannte, ein Moment, der dadurch bestärkt wird, daß in der That hierfür auch nicht die leiseste Andeutung in den Quellen sich vorfindet.

4. Hinsichtlich der Schenkungen gilt zwar in der Kaiserzeit ein verschiedenes Recht für die res manc. und nec. manc., allein nicht nur daß in den Quellen solche Rechtsverschiedenheit gar nicht auf die lex Cincia de donis et muneribus von 550 zurückgeführt wird, so sprechen im Gegentheile Gründe dafür, daß jene Rechtsordnung erst durch die Rechtswissenschaft späterer Zeit festgestellt worden ist [151]).

5. Bei Plautus (gest. 570) findet sich keine Spur, weder daß die Tradition Eigenthumsrecht ergebe, noch auch von der Classification der res manc. und nec. manc [152]).

6. Im Jahre 584 ertheilte nach Liv. XLIII, 5, 9. ein S. C. gallischen Gesandten das Privileg: ut denorum equorum

---

151) Schilling, Inst. § 356, bb. dd.

152) Vgl. Vissering, Quaest. Plaut. II, 73 fg.; wegen der das. besprochenen Stellen: Plaut. Curc. IV, 2, 8 fg. Merc. II, 3, 112 fg., Pers. IV, 3, 55 fg. 63. s. A. 59.

iis commercium esset. Dieses Privileg läßt sich daraus erklären, daß damals die Pferde res mancipi waren und ist in der That in Thl. II, 251 auch so erklärt worden. Allein da, wie unter C nachzuweisen, sogar im Jahre 717 die Pferde in der That noch nicht res mancipi waren, so muß jenes Privileg auf andere Weise erklärt werden. Dießfalls aber ist solche Erklärung einzig und allein in der Voraussetzung gegeben, daß im Jahre 584 überhaupt die Classification von res manc. und nec manc. noch gar nicht anerkannt war, somit also alle res ausnahmslos derjenigen Rechtsordnung unterstanden, welche später für die res mancipi allein galt (A. 146) und demzufolge nun das Eigenthumsrecht an allen res durch Rechtsgeschäft unter Lebenden nicht anders, als durch mancipatio oder in iure cessio erworben werden konnte, für Erstere nun aber das commercium erforderlich war. Dießfalls wurde nun insbesondere auch durch Tradition das Eigenthum noch nicht erworben.

B. Dagegen ist die Function der Tradition als Eigenthums-Erwerbmodus und die Classification von res manc. und nec manc. älter, als

1. die constitutio Rutiliana aus der Mitte des 7. Jahrhunderts, welche namentlich die Classification von res manc. und nec manc. bereits als bekannt bezeugt: § XVII.

2. Cic. p. Mur. (691) 2, 3. p. Flacc. (695) 32, 79. Top. (710) 5, 28.

3. Varr. R.R. (v. 717) vgl. unter C.

C. Hinsichtlich der Frage, ob allen den Rechtsobjecten, welche Gai. und Ulp. (unter A 1) den res mancipi beizählen, von Beginn der Aufstellung solcher Classification an jene Qualification zu Theil geworden ist, giebt ein entscheidendes Zeugniß Varr. R.R. (717). Derselbe zerlegt nämlich den einen Abschnitt der pastoricia res: „ut bonum pares pecus“ in vier Unterabschnitte: die Lehre vom Alter, von der Figur und vom Stamme des Stückes, sowie de iure in parando, quemadmodum quamque pecudem emi oporteat civili iure (II, 1, 13—15). Und zwar fällt hierunter wiederum ein doppelter juristischer Moment: theils die emtio an sich mit ihren mannichfachen Cautionen, theils der Vollzug dieser emtio, welche ebenso die solutio numorum inbegreift, als auch auf Seiten des

venditor etwas Entsprechendes, was als das Mittel zur Uebertragung des Eigenthums am Kaufobjecte nothwendig erfordert wird: quod enim alterius (i. e. venditoris) fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere (II, 1, 15.).

Hinsichtlich dieses aliquid, quod necesse est intercedere äußert sich nun in Bezug auf die emtio servi Varr. II, 10, 4 fg. dahin:

in emtionibus dominum legitimum sex fere res [158]) perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, cui potuit cedere et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice venit (vgl. A. 88).

Dahingegen wiederum in Bezug auf die emtio ovium und canum äußert derselbe sich dahin:

Cum id factum (i. e. stipulatum) est, tamen grex (i. e. ovium) dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum. Nec non emtor pote ex emto vendito illum damnare, si non tradet: II, 2, 6. wozu vgl. A. 93. 94.

fit (sc. canis) alterius, cum a priore domino secundo traditum est: II, 9, 7.,

wogegen derselbe über das betreffende Requisit bei der emtio suum in II, 4, 5. und caprarum in II, 3, 5 nicht besonders sich äußert.

Hierin daher treten somit zwei Classen von Kaufsobjecten hervor, deren eine vertreten wird durch den servus, wo das Eigenthumsrecht nicht durch Tradition, als vielmehr durch Mancipation und in iure cessio begründet wird, sowie ovis und canis und zweifelsohne auch capra und sus, wo durch Tradition das Eigenthum übertragen wird. Oder mit anderen Worten: es treten darin der servus einerseits als res mancipi und ovis, canis, capra, sus andrerseits als res nec mancipi hervor. In Bezug nun endlich auf die emtio asinorum, equorum und boum spricht sich Varr. dahin aus:

in mercando (sc. asino asini) item ut caeterae pecudes

158) Wegen dieses „res“ d. i. Eigenthumserwerbgrund s. Voigt, Cond. ob caus. 168.

emtionibus et traditionibus dominum mutant: II, 6, 3. und: quos (sc. asinos) emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac facimus in accipiendo idem, quod dictum est in equis: II, 8, 3.

emtio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus (A. 155) in emtione dominum mutant, ut in Manilii actionibus sunt perscripta: II, 7, 6,
während bezüglich der emtio boum Varr. II, 5, 11. zwar nicht ausdrücklich sich äußert, dadurch aber, daß er in II, 7, 6. die emtio equi dem gleichen Requisite unterstellt, wie die emtio asini und bovis zu erkennen giebt, daß die emtio bovis dem gleichen Gesetze folgt, wie die emtio asini, da ja zwei Größen, die einer dritten gleich sind, auch unter sich gleich sind. Dagegen bezüglich der emtio muli in II, 8, 5. giebt Varr. durchaus keine hier maaßgebende Andeutung.

Hieraus allenthalben aber ergiebt sich mit unzweifelhaftester Evidenz, daß bei asinus, equus und bos zur Eigenthumsübertragung durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden nicht Mancipation oder in iure cessio erfordert wurde, als vielmehr die traditio ex iusta causa genügte, oder mit anderen Worten: daß die leges vendendorum des Manilius, wie Varr. selbst den asinus, equus und bos nicht als res mancipi anerkennen, vielmehr zu den res nec mancipi rechnen.

Diese Thatsache steht nun mit der Lehre von Gai. und Ulp. in einem Widerspruche, der nach den Gesetzen unserer Erkenntniß in historischen Dingen nicht anders gelöst werden kann, als durch die Annahme, daß zwischen Varr. und Gai. eine Veränderung der geltenden Rechtsordnung sich vollzogen habe in der Weise, daß erst nach Varr. asinus, equus, bos und so nun auch mulus in die Classe der res manc. gestellt worden sind. Wenn daher verschiedene Schriftsteller: Pufendorf, Observ. II, 79. § 2, Th. M. Zachariae, de reb. manc. et nec manc. Lips. 1807 c. III, J. C. F. Meister, Varr. atq. Ulp. in recens. reb. manc. — inter se conciliandorum novella ratio, Vratisl. 1814. Ballhorn gen. Rosen über Dominium 93 fg. von der entgegengesetzten Annahme ausgehen, daß bereits zu Varro's Zeit die Rechtsordnung bei Gai. gegolten habe, so sind dieselben nun genöthigt, das, was wir als unzweifelhafteste Evi-

denz hinstellten, hinwegzuleugnen, und dieß nun wird mit folgenden Argumenten unternommen:

1. Varro ist im Irrthum über das geltende Recht befangen (Ballh.) oder meint die Mancipation, wo er von der traditio asini spricht (Meister); allein im Obigen steht nicht nur Varro's Autorität in Frage, welcher selbst Jurist war[154]), sondern auch die leges vendend. Manil. (II, 7, 6), daher die Annahme des Irrthumes, wie der falschen Ausdrucksweise unberechtigt ist;

2. Varro hat sich nur über den Kaufcontract mit seinen Cautionen, nicht aber über die Eigenthums-Erwerbmodus äußern wollen (Meister, Ballh.); allein dieß ist unwahr, da Varro den Eigenthumserwerb ebenso ausdrücklich als Thema seiner Betrachtung hinstellt (II, 1, 15), als auch in Wirklichkeit erörtert;

3. Varro spricht nur von Zucht-, nicht von Zug-Vieh (Zachar.); allein hinsichtlich des Eigenthumserwerbes spricht Varro und will sprechen von dem Vieh schlechthin; und dieß wird um so evidenter dadurch, daß er bei der Kaufsstipulation über den bos in der That jenen Unterschied ausdrücklich hervorhebt (II, 5, 11: eos cum emimus domitos, stipulamur sic — —; cum emimus indomitos, sic — —), dieß aber beweist, daß der Unterschied zwischen boves domiti und indomiti allein in der Kaufstipulation, nicht aber in der Eigenthumsübertragung zur Geltung gelangt;

4. Zug- und Lastthiere sind nur dann res manc., wenn sie zum instrumentum rusticum gehören (Pufend.); allein diese an sich unberechtigte Annahme beseitigt gar nicht den Widerspruch zwischen Varro und Gajus;

5. Man hat im Lebensverkehre auch bei den res manc. gewöhnlich mit einfacher Tradition sich begnügt (Ballh.); allein mit solcher Thatsache befaßt sich Varro gar nicht; er bietet vielmehr die Rechtsordnung selbst (II, 1, 15).

Ist somit keines dieser Argumente stichhaltig, so ist nun, wie gesagt, als evident anzuerkennen, daß erst in der Zeit

---

154) Nach dem varronischen Schriftenkatalog des Hieronymus schrieb Varro XV Bücher de iure civili: Rhein. Mus. N. F. 1848. VI, 481 fg. 1857. XII, 149 fg.

zwischen Varro und Gajus die quadrupedes, quae dorso collove domantur, als res manc. anerkannt worden sind.

Aus alle Dem ergeben sich sonach die Resultate:

a. die Classification von res mancipi und nec mancipi ist aufgestellt worden nach dem Jahre 584 und vor der Mitte des 7. Jahrhunderts, datirt somit aus der Zeit von 585—650. Und zwar sind anfänglich als res mancipi anerkannt worden lediglich die praedia in solo Italico[155]) sammt deren iura praediorum rusticorum, sowie die servi, wohingegen erst nach 717 auch die quadrupedes, quae dorso collove domantur den res manc. beigezählt worden sind;

b. innerhalb des gleichen Zeitraumes von 585—650 ward die traditio ex iusta causa in allgemeinerer Verwendung als Eigenthums-Erwerbmodus und somit als Grundlage der rei vindicatio anerkannt. Und zwar ist die Berufung der Tradition zu dieser Function zeitlich zweifelsohne um kurze Zeit der Aufstellung jener Classification von res manc. und nec manc. voraufgegangen. Die Theorie selbst aber von der traditio ex iusta causa als Eigenthums-Erwerbmodus entwickelte sich auf Grundlage des public. Edictes und dessen traditio ex iusta causa[156]).

c. Gegenüber dem unter b festgestellten Satze ist jedoch nach Maaßgabe von Beil. XIX § VII unter II und III ein singuläre Ausnahme zu statuiren hinsichtlich der foenoris datio, welche, für aes durch die lex Silia v. 311—329 und für triticum durch die lex Calpurnia v. 416—466 eingeführt, durch unsolennes adnumerare und resp. adpendere des Darlehnsobjectes zweifelsohne von Vorn herein dessen Eigenthumsübergang begründete, eine Ordnung, welche später auch auf andere zum Darlehn geeignete Fungibilien, wie endlich auch auf die mutui

---

155) Schilling, Bemerk. über r. R. G. 156 betrachtet das in Italico solo als Bestimmung späterer Zeit. Allein sicher sind doch inbegriffen auch die praedia der coloniae civium, welche nicht im ager Romanus, als vielmehr im ager peregrinus (d. h. in auswärtigen römischen Staatsgebiete: Beil. XI § IV) gelegen sind, wie z. B. zu Antium, Lavici, Vitellia.

156) S. § IV. V. Gai. II, 40 fg. Ulp. fr. XIX, 7, vgl. Voigt, Cond. ob caus. 132.

datio extendirt ward. Allein wie dieser Rechtssatz aus fremdländischer, nämlich latinischer Rechtssphäre zugleich mit manchen anderen unrömischen Ordnungen dem römischen Rechte zugeführt worden war (Beil. XIX § VII unter II), so nun blieb auch derselbe Jahrhunderte hindurch eine Singularität in dem römischen Rechte.

## II. Das Mieth- und Pachtrecht.

### § XIX.

#### 1. Die Begriffe von locare und conducere.

A. Als eigenste Bedeutung von locare ergiebt sich aus dessen Stammverwandtschaft mit locus[157]): etwas oder Jemanden an einen Ort stellen, placiren, somit das französische placer:

Varr. LL. V, 2, 14: locus est, ubi locatum quid esse potest, ut nunc dicunt collocatum. Veteres id dicere solitos apparet apud Plaut. (Aul. II, 2, 14): filiam habeo grandem, cassam dote atque inlocabilem neque eam queo locare quoiquam; apud Ennium (p. 110 Vahl.): o terra Thraeca, ubi Liberi fanum inclutum Maro locavit;

Serv. in Aen. IV, 266: locas] pro collocas vel jacis; 374: locata uxor dicitur, quod simul cum eo (i. e. marito) sedeat, dum confarreatur.

Pap. Vocab.: locare: collocare;

Salemon. Glossar. (zweites Glossar): locari: collocari, constitui. Locatum: positum.

Hiervon leiten sich ab

1. die Anwendungen des Begriffes, wo solches Placiren im bildlichen und zugleich vulgären Sinne gebraucht wird, und so zwar insbesondere

---

157) Rost, Opusc. Plaut. I, 35. Dagegen Döderlein, Synon. V, 166 scheidet als zwei selbständige Worte locare, verwandt mit licere: leihen, und locare, verwandt mit locus, lego: legen, was S. 252 wieder aufgegeben ist, wo lucar als das Nomen von locare erklärt wird. — Da der Form locus die von stlocus vorausgeht, muß als ursprüngliche Form stlocare angenommen werden.

filiam locare nuptiis: Enn. Cresph. bei Auct. ad Her. II, 24, 38. oder in matrimonium: Plaut. Trin. III, 3, 52. oder filiam locare schlechthin: Plaut Aul. II, 2, 14. 51. Cist. II, 3, 18. Ter. Phorm. IV, 3, 41. V, 1, 25, allenthalben gleichbedeutend mit filiam collocare: das Mädchen an den Mann bringen;

pecuniam locare theils in der Bedeutung von: Geld anlegen, so Plaut. Most. III, 1, 4: argenti numum, Acr. in Hor. Sat. II, 3, 19: fenus [158]), theils in der Bedeutung von: Geld in Etwas stecken, Impensen machen, so Plaut. Most. I, 3, 144: quicquam argenti locare;

caedundos agnos locare: die Schlacht-Lämmer an den Mann bringen, d. h. verkaufen bei Plaut. Capt. IV, 2, 39, wozu vgl. Rost, opusc. Plaut. I, 39 fg., Romeijn, loca nonnulla ex Plaut. comoed. p. 15;

2. insbesondere die Bedeutung: etwas, sei es eine Leistung, sei es eine Nutzung an den Mann bringen, d. h. solche Lieferung oder Nutzung Jemanden übertragen, worüber s. unter C 2; sowie

3. die Bedeutung: verpachten, vermiethen, verdingen, worüber s. unter C 3.

B. Für conducere wird durch seine beiden sprachlichen Elemente als Grundbedeutung gegeben ebensowohl simul ducere, wie secum ducere [159]). Jene erstere Bedeutung hat sich in der Sprache erhalten und dieselbe wird besonders bekundet von

Pap. Vocab.: conducere: congregare;

Salemon. Glossar.: conduxerat: congregaverat;

dagegen von secum ducere leitet sich ab

1. Der Begriff des an sich Bringens, an sich Nehmens, wie solcher in folgenden Redewendungen zu Tage tritt:

salias virgines — esse conducticias, d. h. das Ehrenamt der virgo Salia ist nicht, wie das der virgo Vestalis ein

---

158) Daneben collocare, so Suet. Aug. 39: pecunias foenore collocare, Cic. p. Caec. 4, 11: in eo fundo dos collocaretur; de Off. II, 12, 42. 25, 90. p. leg. Man. 7, 18: pecuniam collocare; sowie andrerseits minas elocare d. h. Geld entleihen bei Plaut. Epid. I, 2, 41.

159) Rost, l. c. p. 35.

dauerndes, sondern dieselbe wird für jede einzelne Festfeier besonders engagirt[160]): Cinc. bei Fest. p. 329;

nummos, pecuniam conducere: Geld entleihen, so Hor. Sat. I, 2, 9. Juv. XI, 46. vgl. Hotman, Quaest. illustr. 40;

caedundum agnum conducere: ein Schlacht-Lamm an sich bringen d. h. kaufen bei Plaut. Aul. III, 6, 31, wozu vgl. Rost, l. c. 40 fg. Romeijn, l. c. 15, sowie anderntheils Non. 274, 14: conducere: emere; Plaut. in Aul.: cedendum conduxi ego illum, worin die Ueberlieferung einer alten Plautus-Glosse anzuerkennen ist. Und gleiche Bedeutung tritt auch zu Tage bei Jul. 1 Dig. (D. XIII, 6, 19): qui rem servandam conducunt, wo die Bedeutung maaßgebend ist: eine Sache zur Aufbewahrung an sich nehmen, d. h. dieselbe als Depositum annehmen, im Gegensatze zu dem utendum accipere d. h. eine Sache als Commodat empfangen.

2. Etwas, sei es die Lieferung einer Leistung, sei es eine Nutzung an sich bringen d. h. übernehmen, worüber s. unter C 2.

3. Erpachten, ermiethen, in Accord oder Entreprise übernehmen, worüber s. unter C 3.

C. Die beiden Worte locare und conducere vertreten Relationsbegriffe und werden in solcher Function auch von der lateinischen Sprache verwendet. Dieß ist der Fall

1. in Bezug auf die abgeleiteten Bedeutungen unter 1, wo dem pecuniam locare das pecuniam conducere und dem locare des Kaufobjectes dessen conducere entspricht;

2. in Bezug auf die Bedeutungen unter 2: eine Nutzung oder die Lieferung einer Leistung einerseits übertragen, wie andrerseits übernehmen. Und zwar wird diese Bedeutung an sich außer Zweifel gestellt durch folgende zwei Gruppen von Stellen, nämlich zunächst

Plaut. Pers. I, 3, 79 fg.: ornamenta — abs chorago sumito, dare debet: praebenda aediles locaverunt, d. h. die Aedilen haben als Ermiether oder conductores die Lieferung der Theaterrequisite dem Choragus in Accord gegeben, so daß der Letztere der locator im technischen Sinne ist, wie solches auch ausgesprochen ist in Curc. IV, 1, 3: ornamenta, quae locavi, metuo ut possim recipere;

---

160) Vgl. Marquardt, r. Alterth. V, 374.

Liv. XLII, 19, 6: praetor aedis instructas locaret d. h. der Prätor hat die Stellung einer eingerichteten Wohnung verdungen, wo somit derselbe conductor oder Miether der Wohnung ist, wie in dem Falle von XLV, 44, 7; aedes conductae (sc. sunt a quaestore);

Suet. Aug. 36: ut proconsulibus ad mulos et tabernacula, quae publice locari solebant, certa pecunia constitueretur, wo unter locare die Ermiethung der muli und tabernacula von Seiten des Staates in Frage steht;

Cat. RR. 4: si te libenter vicinitas videbit, facilius tua vendes, operas facilius locabis, operarios facilius conduces, wo operas locare bedeutet: die Tagearbeiten Jemandem, welcher locator operarum ist, zur Leistung übertragen, so daß somit der conductor operarum operas locat. Sodann

lex agr. [Thor.] von 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 25: queiqomque id publicum (sc. agrum) fruendum redemptum conductumve habebit; lin. 85: ex lege dicta, q[uam L. Caecilius, Cn. Domitius cen]s. agri, aedifici, loci vectigalibusve publiceis fruendeis locandeis, vendundeis legem deixerunt; lin. 87: [queiqomque quae] publica — sunt eruntve, vectigalia fruenda locabit vendetve, quom ea vectigalia fruenda locabit vendetve; vgl. lin. 86. 88. 89.

rogatio von 585 bei Liv. XLIII, 16, 7: ab integro locarent, ut omnibus redimendi et conducendi promiscue ius esset[161];

wo beide Male als Synonyma gebraucht sind redimere und conducere, wie locare und vendere und wo nun das Rechtsgeschäft entweder als emtio venditio oder als locatio conductio im technischen Sinne aufzufassen ist, dem entsprechend dann je nachdem entweder locare, conducere oder aber vendere, redimere etwas Anderes als die locat. cond. oder als die emt. vend. im technischen Sinne bezeichnen müssen. Da nun aber die Quellen und namentlich Fest. v. venditiones p. 376 darauf hinweisen, daß von Alters das fragliche Rechtsgeschäft als eine

161) Wenn Becker, r. Alterth. II, 2 A. 575 annimmt, daß hier das redimere auf die vectigalia, das conducere auf die ultrotributa gehe, so wird diese Annahme nicht allein durch Nichts gerechtfertigt, sondern auch durch lex agr. lin. 25 cit. widerlegt.

venditio und emtio technisch bezeichnet und somit als Kaufgeschäft aufgefaßt wurde, so muß auch in dem locare und conducere eine andere Bedeutung enthalten sein, als die Bezeichnung des Pachtgeschäftes; und als solche ist nun anzuerkennen die hier fragliche von: die Nutzung, welche das Object der emtio und venditio bildet, in Entreprise geben und resp. nehmen.

Und gleiches Verhältniß waltet ob zunächst bei Varr. LL. V, 2, 15: praeco dicitur locare, quod usque id emit, quoad in aliquo consistit pretium, wo der praeco zugleich als is, qui locat und is qui emit bezeichnet wird und wo nun der Sinn der ist: indem der praeco ein opus faciendum erkauft (§ XXI), so wird von ihm gesagt, daß er solches in Lieferung gebe; und sodann in der lex fructus ovium vendundi bei Cat. RR. 150, welche, eine emtio venditio betreffend (§ XXI) und demgemäß den Erwerber emtor nennend, denselben zugleich auch wieder als conductor bezeichnet (A. 176), und wo nun lediglich die Alternative gegeben ist, daß entweder die juristisch technische Bezeichnung in dem vendere und emtor liegt und dießfalls nun conductor in dem obigen Sinne von Uebernehmer, Unternehmer steht, oder aber daß conductor die juristisch technische Bezeichnung ist und dießfalls nun emere in einem untechnischen Sinne für erpachten steht. Allein diese letztere Alternative ist unbedingt zu verwerfen, theils weil emere einen derartigen Begriff nicht vertritt (§ XII. XIII), theils weil nach Maaßgabe der anderweiten zahlreichen Beispiele, wo Cato leges privatae mittheilt und durch die Eingangsworte juristisch bestimmt (§ XXII unter A 3), in den Eingangsworten zu jener lex: fructum ovium hac lege venire oportet die juristisch technische Bezeichnung anerkannt werden muß, daher denn nun die untechnische Bezeichnung in conductor zu erblicken und hierfür der obige Begriff von Unternehmer zu statuiren ist.

3. Endlich in Bezug auf die Bedeutungen unter 3: verpachten, vermiethen, verdingen, und: erpachten, ermiethen, in Accord oder Entreprise übernehmen, waltet gleiches Correspondenzverhältniß zwischen locare und conducere ob. Und zwar entwickelte sich diese Bedeutung aus der unter 2 in einem

historischen Processe, der deutlichst in dem Sprachgebrauche der Quellen sich wiederspiegelt und in § XXI im Näheren darzulegen ist.

## § XX.

### 2. Die Terminologie in Bezug auf die locatio conductio.

In der Terminologie bezüglich der locatio conductio treten drei Hauptgruppen von Ausdrucksweisen hervor, die sich durch folgende Beispiele am besten veranschaulichen: einestheils rem fruendam oder faciendam oder aliquid faciendum locare, conducere, sodann rem oder opus oder operas locare, conducere; endlich rem fruendam, vectigalia fruenda, fructum rei emere, redimere, vendere, rem faciendam oder opus oder operas emere, redimere, vendere. Und unterhalb jeder dieser drei Terminologieen unterscheiden wir wieder zwei Classen, die eine das frui oder die res, die andere das facere oder das opus und operae betreffend. Hiernach nun ergeben sich folgende terminologische Gruppen:

A. Die erste Classe, welche den Zweck oder die Function des locare, conducere durch Beifügung eines participium necessitatis zu dem betreffenden Locationsobjecte ausdrückt, umfaßt

1. das rem fruendam locare, conducere. Diese Ausdrucksweise selbst aber tritt wiederum in zwiefacher Function und Verwendung auf, und zwar

a. zur Bezeichnung der loc. cond. rei; und so nun zunächst bezüglich der Besitzungen des Staates, der Priestercollegien oder Communen [162]):

Liv. XXVII, 3, 2: simul ut cum agro tecta urbis fruenda locarentur [163]);

162) Die hier in Frage stehende Bedeutung des Ausdruckes agrum publicum fruendum locare erkennt Schwegler, r. Gesch. II, 409 fg. ebenso wenig an, wie die entsprechende Bedeutung von agrum publicum locare: Beides ist demselben nicht Grundstücksverpachtung, als vielmehr nur Steuerverpachtung. Allein dieses Urtheil leidet an einer fehlerhaften Allgemeinheit und Schwegler hat nicht erwiesen, daß fragliche Bedeutung jenen Ausdrücken gar nicht zukomme. Wegen der einschlagenden Verhältnisse vgl. Schwegler a. O. 406 fg. Walter, Gesch. d. r. R. 288.

163) Wegen dieser Stelle vgl. A. 169.

Paul. Diac. p. 121: lacus Lucrinus in vectigalibus publicis primus locatur fruendus[164];

Paul. 21 ad Ed. (D. VI, 3, 1. § 1.): qui in perpetuum fundum fruendum conduxerunt a municipibus;

sodann aber auch bezüglich der Privatbesitzungen:

Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.): qui suum praedium fruendum locaverit;

Pap. 4 Quaest. bei Ulp. 31 ad Sab. (D. XXIV, 3, 7. § 1.): fundum fruendum locare.

Und zwar steht in dieser Verbindung frui in jener Bedeutung, in der es synonym ist mit uti frui[165], daher nun ein frui auch in der Benützung eines Gebäudes enthalten ist, wie solches sich ergiebt aus Liv. cit., ingleichen aus dem Edict. praet. in Dig. XLIII, 18, 1. pr.): uti ex lege locationis sive conductionis superficie — fruamini und Serv. bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.), wie aber auch aus dem Institute der fructus licitatio, welche gleichmäßig bei fundus, wie aedes Platz greift (Gai. IV, 166).

b. zur Bezeichnung der sog. Vectigalpachtung[166], und synonym mit vectigalia fruenda loc. cond.:

lex Jul. mun. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 73 fg.: quibus loceis ex lege locationis, quam censor aliusve quis magistratus publiceis vectigalibus — | — fruendeis — dixit, dixerit, eis, | qui ea fruenda — conducta habebunt, ut — fruei liceat | — cautum est, ei, quominus ieis loceis — fruantur ita, utei quoique eorum | ea lege locationis ieis sine dolo malo — fruei licebit, hac lege nihil rogetur (vgl. A. 168),

worin somit die Ausdrücke: loca fruenda locare (lin. 75) und vectigalia fruenda loc. (lin. 73. 74) als Wechselbezeichnungen gebraucht sind;

---

164) Wegen dieser Stelle vgl. Becker, r. Alt. II, 2 A. 578.

165) Vgl. Schilling, Inst. § 66, b und dazu Scaev. 2 Quaest. (D. XI, 7, 46. pr.), Pap. 8 Quaest. (D. cit. 43) u. a. m.

166) Die Feststellung dieser Bedeutung wird Niebuhr r. G. II, 156 fg. verdankt; vgl. auch Schwegler, a. O. 409 fg. 485.

Edict. praet. in Dig. XLIII, 9, 1. pr.: quo minus loco publico, quem is, cui locandi ius fuerit, fruendum alicui locavit, ei, qui conduxit, — e lege locationis frui liceat, vim fieri veto;

Liv. XXVII, 11, 8. XLII, 19, 1: agrum fruendum locare.

In Bezug auf diese in theoretischer Hinsicht sehr bemerkenswerthe Terminologie aber ist davon auszugehen, daß das frui in Bezug auf den Grund und Boden in einer dreifachen Beziehung statuirt und zwar zugesprochen wird zuerst dem Grundherrn oder Grundeigenthümer, dessen frui loco von Vorn herein in einer Fruchtnutzung, wie in dem uti loco besteht, in Folge der Verpachtung oder concessio des Grundstückes aber in eine mittelbare Bodenrente: Pachtschilling oder Steuer, sei es vectigal, decuma, scriptura oder dergl. sich verwandelt. In diesem Sinne wird daher dem Grund-Herrn oder -Eigenthümer das frui beigelegt von Fest. p. 189: obscum — appellatur locus in agro Veienti, quo frui soliti produntur augures romani; Cic. ad Fam. VIII, 9. 4., sowie in den in § VII. citirten Stellen: lex agr. [Thor.] lin. 11. 81., lex Anton. de Termess. lin. 16. 26. 32. 35. S. C. de Asclep. lin. 17. S. C. de libert. Plaras.

Zweitens sodann steht dem Grundstücks-Pächter oder -Possessor das frui loco zu als Frucht- oder sonstige Nutzung von Boden oder Gebäuden, welche demselben von dem Grund-Eigenthümer oder -Herrn überlassen worden ist. Und in diesem Sinne wird solchem Detentor oder Possessor das frui loco zuerkannt in den unter a, wie in den in § VII citirten Stellen: lex agr. [Thor.] lin. 32. 40. 50. 52. 82. 91. 92. Sent. Minuc. lin. 24. 30. 32.

Endlich dem Publicanen steht unmittelbar nicht ein frui loco, als vielmehr nur das frui fructibus loci zu, insofern derselbe die fructus oder Bodenrente Namens des Grundherrn für sich vereinnahmt. Wenn daher trotz dem in der obigen technischen Bezeichnung locum fruendum locare, ingleichen in der Terminologie von locum fruendum vendere (unter C 1 b) und von Cic. de leg. agr. II, 19, 50. dem Publicanen ein frui loco beigemessen wird, so haben wir es hierbei mit einer analogen Auffassung zu thun, wie solche uns entgegentritt in der Aus-

drucksweise pignus pignori dare, wo ebenfalls nicht das pignus als res, sondern vielmehr das ius in re aliena unmittelbares Object des Afterpfandes ist[167]. Allein wie hier die Römer in der unmittelbaren Beziehung zum ius in re aliena eine mittelbare Beziehung zur res aliena selbst annerkennen und dieß als pignus pignori dare construiren, so wird dort in der unmittelbaren Beziehung zu den fructus loci eine mittelbare Beziehung zum locus selbst anerkannt und als frui loco bezeichnet.

2. Das rem faciendam oder aliquid faciendum locare, conducere tritt wiederum in doppelter Beziehung zu Tage, nämlich

a. gerichtet auf die Anfertigung einer res: rem faciendam loc. cond. Und zwar wird dießfalls

aa. entweder die res aus dem vom locator dem conductor behändigten Materiale gefertigt:

Cat. RR. 14, 1: villam aedificandam locare, wozu vgl. § 3.: hae rei materiem et quae opus sunt dominus praebebit et opus dabit (succidet, dolabit, lineabit secabitque materiam duntaxat conductor): lapidem, calcem, arenam, aquam, paleas, terram, unde lutum fiat;

Vitr. IX, 3, 9: Hiero — cum auream coronam votivam diis immortalibus in quodam fano constituisset ponendam, manupretio locavit faciendam et aurum ad sacoma appendit redemptori;

bb. oder es wird die res aus dem vom conductor selbst gelieferten Materiale gefertigt:

Cic. de Divin. II, 21, 47: columnam faciendam cond. Phil. IX, 7, 16: statuam faciendam loc.; Liv. XXIII, 48, 12: vestimenta exercitui praebenda loc. XXVII, 11, 16: locaverunt reficienda: septem tabernas, macellum, atrium regium; XXXIX, 44, 5: cloacas faciendas loc. XL, 51, 4. 7: pilis fornices loc. inponendos; loc. fornices faciendos; XLI, 27, 5. 10: loc. pontes

---

167) Vgl. Sohm, Lehre vom subpignus, 129 fg. — Ich vermag nicht sicher zu erkennen, ob meine obige Auffassung ausgesprochen wird von Koczorowski, de loco publ. fruendo. Berol. 1850 p. 60: cum vectigalibus locatis et ipsa loca locata esse.

faciendos, muros faciendos; Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 3.): domum faciendam loc. Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 51. § 1.) opus faciendum loc. 5 Post. Lab. (D. cit. 59): domum faciendam cond. Afric. 8 Quaest. (D. cit. 33), Ulp. 49 ad Sab. (D. XLV, 1, 38. § 21.) und Paul. 34 ad Ed. (D. XIX, 2, 22. § 3.): insulam aedificandam loc. cond. Ulp. 3 Opin. (D. L, 8, 3): conductor perficiendi operis; opus exstruendum loc.

b. gerichtet auf eine Thätigkeit anderer Art, als Anfertigung eines Werkstückes; und zwar

aa. Thätigkeit, verwendet auf eine dem anderen Contrahenten zugehörige res:

lex Jul. mun. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 33 fg.: viam aedilis tuemdam locato; lin. 34. 46. 47: viam tuemdam locare; 59: rerum, quae publice demoliendae locatae erunt; lin. 73 fg.: quibus loceis ex lege locationis, quam censor aliusve quis magistratus — ultro — tributeis — tuendeis — dixit, dixerit eis, quei ea — tuenda — conducta habebunt, ut utei — liceat aut utei ea ab eis custodiantur, cautum est, ei quo minus ieis loceis utantur — ita, utei quoique eorum ex lege locationis ieis sine dolo malo utei — licebit, ex hac lege nihil rogatur[168]);

Plaut. Aul. II, 2, 73: aliquem castrandum locare; III, 6, 30: locare (sc. aliquem) efferendum (i. e. funus);

Cat. RR. 144, 1: oleam legundam locare; 4: olea legunda et faciunda carius locetur; 145, 1: oleam faciundam locare; facienda locare; 146, 2: oleae legundae, faciundae, quae locata est;

Varr. RR. II. praef. 3: frumentum locamus (sc. alicui), qui nobis advehat (i. e. ex Africa vel Sardinia); bei Plin. H. N. XXXIII, 7, 112: a censoribus in primis Jovem miniandum locari;

Cic. in Verr. II, 67, 161: statuas demoliendas loc.; ad Att. XIV, 15, 2: locum sternendum loc.

---

168) Zu dieser Stelle vgl. Koczorowski, l. c. 59. Vgl. auch A. 183.

Liv. XXIX, 37, 2: viam faciendam loc. XL, 51, 3. 7.: columnas poliendas albo loc., loc. aquam abducendam; XLI, 27, 5: vias sternendas silice in urbe, glarea extra urbem substruendas marginandasque loc. Petron. sat. 101: onus deferundum ad mercatum cond. Vell. I, 13, 4: statuas portandas loc. cond. Val. Max. IV, 4, 6: agrum colendum loc. Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. pr. XIX, 2, 62): vehenda mancipia, rivum faciendum cond. bei Ulp. 18 ad Ed. (D. IX, 2, 27. § 35): loc. lacum curandum; Cels. 8 Dig. (D. XIX. 2, 9. § 5.): vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve cond. bei Ulp. 24 ad Ed. (D. X, 4, 5, pr.): merces evehendas cond. Gai. 10 ad Ed. prov. (D. XIX, 2, 25. § 7.): columnam transportandam cond. Pap. 8 quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1.) und Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. pr.): merces vehendas loc. Ulp. 32 ad Ed. (D. XII, 7, 2. XIX, 2, 11. § 3. XIX, 3, 1. pr.): vestimenta lavanda, vinum transportandum cond. Fuit — dubitatum, quum res aestimata vendenda datur, utrum ex vendito sit actio propter aestimationem, an ex locato, quasi rem vendendam locasse videatur; 42 ad Sab. (D. XLVII, 2, 48. § 4.): poliendum vestimentum loc.

Endlich ordnet sich dieser Gruppe auch bei, obgleich eine Freie in Frage steht: Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 19. § 7.): conducere mulierem vehendam nave d. h. conducere ut mulier nave vehatur.

bb. Thätigkeit, die nicht in einer Einwirkung auf eine dem Leistungspflichtigen behändigte res steht:

Liv. XXIII, 48, 12: frumentum exercitui praestandum locare; XXIX, 37, 3: sal pretio praebendum locare;

Lab. 4 Post. (D. XIX, 2, 58. § 2.): balneum praestandum conducere.

B. In der zweiten terminologischen Gruppe wird nur das betreffende Object der loc. cond. ohne Beifügung eines Participium necessitatis ausgedrückt. Hierunter aber fällt

1. das rem loc. cond., welches wiederum in der doppelten Bedeutnng auftritt, wie unter A, nämlich

a. zur Bezeichnung der loc. cond. rei, und so zwar zunächst bezüglich des Staates, der Priesterthümer oder Communen:

Liv. XXVII, 3, 1: Capuae interim Flaccus — agro, qui publicatus fuerat locando, (locavit autem omnem frumento,) tempus terit[169];

Sic. Flacc. de cond. agr. 162, 23: quae (sc. subsiciva) quidam (i. e. coloniae) sibi donata vendiderunt, aliqui vectigalibus proximis quibusque adscripserunt, alii per singula lustra locare soliti per mancipes reditus percipiunt, alii in plures annos;

Hygin. de cond. agr. 116 fg. (s. unter C 1 a);

Gai. III, 145: si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut quamdiu id vectigal praestetur, neque ipsi conductori, neque heredi eius praedium auferatur, — placuit locationem conductionemque esse;

Pap. 1 Resp. (D. L, 8, 5. pr.): praedium publicum in V annos loc.

Paul. 5 Sent. (D. XXXIX, 4, 11. § 1. XLIX, 14, 45. § 14.): agri publici, qui in perpetuum locantur; fundum locare; 21 ad Ed. (D. VI, 3, 1. pr.): agri civitatum alii vectigales vocantur, alii non: vectigales vo-

---

169) Diese Stelle, sowie die bei A. 163 wird von Weißenborn in h. l. und Schwegler, r. G. II, 409. A. 2. 3. von der Verpachtung nicht der Grundstücke, als vielmehr der vectigalia verstanden. Allein 1. ist nicht abzusehen, wie Flaccus mit der Verpachtung der vectigalia viel Zeit verzetteln konnte, da diese an eine oder einige wenige Publicanen-Societäten erfolgte; 2. die loc. cond. vectigalium liegt den Censoren oder resp. Quästoren ob, während Flaccus Proconsul ist; 3. ergiebt jene Annahme, wie auch Weißenborn erkennt, einen unlösbaren Widerspruch mit Liv. XXVII, 11, 8: denn danach erfolgte die locatio vectigalium im J. 545 zu Rom und von den Censoren auf Grund eines Plebiscits, daher dieselbe nicht im J. 544 zu Capua und von dem Proconsul ohne alle derartige Ermächtigung geschehen sein kann, indem die dem Flaccus nach XXVI, 34 ertheilte Instruction nach ganz anderer Richtung sich erstreckt. — Der Pachtschilling bestand in Capua in Getreide: Liv. cit., Cic. de leg. agr. II, 29, 81. 30, 83, welchenfalls nun auch die Publicanen, welche den Pachtschilling erpachten, wiederum ihren Pachtzins in Getreide abführen: Cic. cit.

cantur, qui in perpetuum locantur id est hac lege, ut tamdiu pro his vectigal pendatur, quamdiu neque ipsi, qui conduxerint, neque his, qui in locum eorum successerunt, auferri eos licet. Non vectigales sunt, qui ita colendi dantur (i. e. locantur), ut privatim agros nostros colendos dare solemus.

Und sodann in Bezug auf res privatae:

Plaut. Merc. III, 2, 17.: aedes, Curc. IV, 1, 3.: ornamenta, Pseud. IV, 7, 88: chlamydem, Rud. prol. 57: navem; Varr. RR. I, 38, 2: aviaria; Titin. Velitern. bei Non. 217, 19: postica; Ael. Gall. bei Gai. 6 ad l. XII tab. (D. XXII, 1, 19): rem; Pap. 8 Quaest. (D. XIX, 5, 1. § 1.): navem cond. loc.

b. zur Bezeichnung der sogen. Vectigalpachtung, und so zwar:

aa. rem loc. cond.:

S. C. de Asclep. v. 676 in C. J. L. I no. 203 lin. 6: Asiam, Euboeam locare;

Cic. in Verr. III, 6, 13: is ager a censoribus locari solet (vgl. Thl. II A. 459); de leg. agr. II, 19, 51: agros, qui a censoribus locati sunt.

bb. vectigalia locare, conducere:

Cic. in Verr. III, 8, 19. de leg. agr. I, 3, 7. II, 21, 55. Liv. XXXIX, 44, 8. XLIII, 16, 2. 7. Macr. Sat. I, 12, 7. Ulp. 1 Disp. (D. L, 1, 2. § 4.); Paul. 5 Sent. (D. XLIX, 14, 45. § 14.), Callistr. 1 de Cogn. (D. L, 6, 5. § 10.), Carac. im C. Just. VII, 73, 3.

oder insbesondere: portoria, portorium locare, conducere:

Cic. de Inv. I, 30, 47. Liv. XXXII, 7, 3.

Diese gesammte Terminologie aber ist unverkennbar das Product einer späteren Zeit: hervorgegangen aus dem Streben nach Breviloquenz und so als Verfall der alten technischen Redeweise unter A 1 sich darstellend. Was aber insbesondere die Terminologie unter b anbetrifft, so ist bei deren Würdigung davon auszugehen, daß das betreffende Rechtsverhältniß an sich durchaus nicht den Kategorieen und Rechtsfiguren des Privat-

rechts unterfällt, vielmehr rein auf dem Boden des Staatsrechts steht, somit aber Nichts berechtigt, jenes Verhältniß, wie dieß Schilling, Inst. § 302 u. A. thun, in das System des Privatrechts einzuordnen. Will man indeß dennoch zu theoretischen Zwecken jenes staatsrechtliche Verhältniß nach privatrechtlichen Kategorieen und Figuren construiren, so ist es sicher ein Mißgriff, wenn Schilling a. O. und Andere darin eine ächte loc. cond. rei erblicken, wenn immer auch die moderne Bezeichnung „Finanz-Steuerpachtung" dafür Veranlassung zu bieten scheint. Denn das Rechtsverhältniß der Publicanen in Bezug auf die Steuer ordnet sich nicht der Proportion der loc. cond. rei: do mercedem, ut re (vectigalibus) frui mihi liceat, als vielmehr entweder der Proportion unter: do mercedem, ut rem (vectigalia) mihi habere liceat oder der Proportion: do frumentum (A. 169), ut rem (vectigalia) mihi habere liceat, demzufolge die sogen. Steuerpachtung ersterenfalls Kauf des publicistischen Forderungsrechtes des Staates auf fällig werdende Steuern, somit kaufsweiser Erwerb der Cession solchen Forderungsrechtes gegen ein Aequivalent an Geld, letzterenfalls aber Innominatcontract: tauschweiser Erwerb der Cession solchen Forderungsrechts gegen ein Aequivalent an Getreide oder dergl. ist[170]. Und dieser Auffassung entspricht denn nun in der That auch die älteste römische Terminologie unter C 1 b, wogegen die Terminologie unter A 1 b wiederum auf ganz andere leitende Gesichtspunkte sich stützte.

2. Das opus oder operas loc. cond. tritt, entsprechend wie unter A, zu Tage in der doppelten Richtung auf[171])

a. Anfertigung einer res: rem, opus locare, und zwar aa. aus dem vom locator dem conductor behändigten Materiale:

Cat. R. R. 15, 1: (maceriam) crassam p(ede) I S, longam p(edibus) XIV et uti sublinat locari oportet. Parietes villae locare;

---

170) Vgl. Afric. 6 Quaest. (D. XXXII, 1, 64): permutatio nominum; vgl. auch Degenkolb, Platzrecht 140.

171) Opus loc. cond. in allgemeinerer Beziehung bietet Plaut. Bacch. IV, 4, 100. Cat. RR. 2, 6.

Plaut. Asin. II, 4, 37: quod sit sibi operis locatum;

bb. aus dem vom conductor selbst gelieferten Materiale: rem loc. cond.: Cic. in Verr. II, I, 50, 130: aedes sacras; 56, 147: columnas; Liv. V, 23, 7: Junoni templum loc.; XXVII, 10, 13: vestimenta loc. exercitui; XL, 34, 6: aedem; 51, 3, 4: theatrum, proscenium, aedem, portum, pilas pontis; Suet. Claud. 9: statuas;

opus loc. cond.: lex agr. [Thor.] v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 98: opusque locato eique operei diem deicito; Cic. in Verr. II, 1, 54, 142. Liv. XXIV, 18, 2. Lab. 4. 5 Post. (D. XIX, 2, 58. § 1 fg. 60. § 4), Flor. 7 Inst. (D. XIX, 2, 36), Paul. 34 ad Ed. (D. XIV, 2, 2. § 1),

insbesondere ultro tributa loc. cond., worunter jedoch auch das Verhältniß unter 2 a mit fällt: Liv. XXXIX, 44, 8. XLIII, 16, 2. 7.

b. Thätigkeit anderer Art, als Anfertigung einer res, und zwar:

aa. Thätigkeit verwendet auf eine dem anderen Contrahenten zugehörige res: rem, opus, aliquem loc. cond.:

lex Jul. munic. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 36: se eam viam locaturum; 38: viam locaverit; 48: via locata est;

lex agris limit. metiund. partis Tusciae v. 713 in Agrimensoren 212, 4: qui conduxerit, decimanum latum ped. XL — facito, und 212, 12. 213, 3, wo die Vermessung als opus bezeichnet wird;

Cat. R. R. 4. 145, 1: operarios conducere;

bb. Thätigkeit, die nicht in einer Einwirkung auf eine dem Leistungspflichtigen behändigte res steht: opus, operas, aliquem loc. cond.:

opus loc. cond.: Cic. in Verr. V, 45, 120. Sen. de tranq. an. 11, 10. Ep. 99, 22. und Val. Max. V, 2, 10: funus locare (vgl. Thl. III A. 264); Cic. p. Rosc. Am. 20, 56 und Plin. H. N. X, 22, 51: anseribus cibaria und cibaria anserum loc.

operas, operam loc. cond.: lex Jul. de Adult. bei Paul. de Adult. (Collat. IV, 3, 2): operas suas, ut cum bestiis

pugnaret, locavit; Plaut. Trin. IV, 2, 1. Stich. III, 2, 18. Aul. III, 3, 7.[172] Varr. bei Gell. III, 3, 14.

aliquem conducere und se locare: Plaut. Bacch. V, 1, 11. Amph. I, 1, 132. Epid. II, 3, 9. III, 2, 36. 4, 64. Trin. III, 3, 36. 86. IV, 2, 11. Pseud. III, 2, 15. 17. 61. IV, 7, 95. Merc. III, 4, 78. IV, 2, 6. 4, 3. 7. 18 Rud. II, 6, 51. Sext. Turp. Boethunt. bei Non. 23, 5. Caecil. Ant. Chrys. bei Gell. VI, 17, 13. Lucil. 22 Sat. bei Non. 67, 4. Cic. de prov. cons. 4, 9. p. Rosc. com. 10, 28.

C. In der dritten terminologischen Gruppe wird das locare conducere nicht mit diesen Ausdrücken, sondern durch vendere und emere oder redimere bezeichnet. Zunächst nun

1. in Bezug auf das rem loc. cond. scheidet sich wiederum eine doppelte Beziehung, nämlich

a. die locat. cond. rei, welche nun bezeichnet wird durch emere, vendere fructus rei. Hierfür bieten zunächst aus der Sphäre des Privatrechtes Belege

lex pabuli hiberni vendundi bei Cat. R. R. 149, worin nach der Theorie der späteren Zeit die loc. cond. einer Wiese zur Winterweide-Nutzung auf die Zeit vom 1. Sept. bis spätestens 1. März vereinbart[173], solche loc. cond. aber als emt. vend. fructus rei und zwar als emt. vend. pabuli hiberni construirt ist: das Kaufobject wird durch Abweidung gewonnen: pabulum frui ex kal. Sept. occipito (§ 1); cum emtor pascet (§ 2); der Verpächter heißt venditor: qua vendas fini, dicito (§ 1), wie der Abpächter emtor: cum emtor pascet (§ 1); si quid emtor aut — pecus emtoris domino damni dederit; si quid dominus — emtori damni dederit (§ 2); der Vertrag im Ganzen endlich wird als venditio pabuli hiberni bezeichnet: qua lege pabulum hibernum venire oporteat (§ 1).

Sodann die lex fructus ovium vendundi bei Cat. R. R.

---

172) Nicht hierher gehören Amph. I, 1, 122. Pers. II, 2, 46, wo locare die Bedeutung von § XIX unter A 1 hat.

173) Vgl. dazu Lachmann im berliner Lectionskatalog, Sommersem. 1846. S. 3 fg. — Gleichermaaßen, wie solche loc. cond. prati hier und bei Varr. RR. I, 21, findet sich loc. cond. saltus (Alpen) zum Zweck der Weidenutzung bei Varr. RR. III, 1, 8: conductos habent saltus.

150 [174]) construirt sich nach der Theorie der späteren Zeit in folgender Weise:

aa. es werden verpachtet:

aaa. eine Schaafheerde somit wohl 100 Stück [175]) zur Milch-, Zucht- und Woll-Nutzung;

bbb. das entsprechende Weideland (pascua), welches Sommer- wie Winterweide bietet und zwar zur Weidenutzung mit der Schaafheerde unter aaa, wie auch mit 10 Molken-Schweinen;

bb. als Pachtschilling wird entrichtet;

aaa. ein halber $1\frac{1}{2}$ pfündiger trockener Käse von jedem verpachteten Mutterschaafe;

bbb. die Hälfte der zu den feriae bereiteten Honig-Milch;

ccc. täglich eine urna Milch;

ddd. die Hälfte der von der Heerde geworfenen Lämmer, jedoch nicht über 30 Stück;

eee. die als weiterer Pachtschilling vereinbarte Summe von baar Geld.

Dieser Contract aber wird bezeichnet als venditio: fructum ovium hac lege venire oportet (§ 1); der Pächter heißt emtor [176]): Kal. Jun. emtor fructu decedat (§ 2); als Contractsobject endlich wird genannt fructus: fructus ovium (§ 1); fructu decedere; in fructu cedere (§ 2).

Sodann in Bezug auf die Besitzungen von Staat, Priestercollegien oder Communen finden wir die Bezeichnung rem vendere, emere, redimere:

Cic. Brut. 22, 35: picarias de censoribus redimere; ad Fam. XIII, 76, 2. (IV viris et decurionibus Fregellanis): liberalissime C. Valgium Hippianum tractetis remque cum eo conficiatis, ut, quam possessionem habet in agro Fregellano a vobis emptam, eam liberam et immunem habere possit, wozu vgl. Gai. III, 145 unter B 1 a.

Alfen. 7 Dig. (D. XXXIX, 4, 15): Caesar, quum insulae

---

174) Vgl. darüber Lachmann im berliner Lectionskatalog, Wintersem. 1846/47. S. 1 fg.

175) Vgl. Cat. RR. 10, 1. Varr. RR. II, 3, 9—11. 2, 20.

176) Daneben auch conductor: conductor II menses pastorem praebeat (§ 2), worüber vgl. § XIX unter C 2.

Cretae cotorias locaret, legem ita dixerat: „Ne quis praeter redemtorem post id. Mart. cotem ex insula Creta fodito“.

Endlich in beiderlei Beziehung bietet ein Zeugniß:

Hygin. de cond. agr. 116, 11 fg.: agri vectigalibus subiecti sunt, alii per annos [quinos [177])], alii vero mancipibus ementibus id est conducentibus in annos centenos. Plures vero finito illo tempore iterum venerunt locanturque ita, ut vectigalibus est consuetudo; 21 fg.: mancipes autem, qui emerunt lege dicta ius vectigalis, ipsi per centurias locaverunt aut vendiderunt proximis quibusque possessoribus. In his igitur agris quaedam loca propter asperitatem aut sterilitatem non invenerunt emptores; vgl. 117, 5 fg.: virginum quoque Vestalium et sacerdotum quidam agri vectigalibus redditi sunt locatim. — Solent vero et hi agri accipere per singula lustra mancipem, sed et annua conductione solent locari;

und zwar steht jene Stelle durchaus auf dem Boden der Theorie von der loc. cond. rei der Kaiserzeit: die Grundstücke werden von dem Grundeigenthümer im Ganzen an mancipes verpachtet[178]): bald auf 5, bald auf 100 Jahre und zwar gegen einen Pachtschilling, der vectigal genannt ist[179]), welches Verhältniß nun durch locare und conducere bezeichnet wird; und sodann werden jene Grundflächen in kleineren Parcellen von den mancipes wiederum in Afterpacht gegeben, was ebenfalls durch locare und conducere bezeichnet wird. Wenn nun hierneben jener Hauptpacht, wie dieser Afterpacht zugleich durch emere und venire, durch vendere und resp. durch emere ius vectigalis bezeichnet werden[180]), so ist in dieser Ausdrucksweise

177) Diese Ergänzung von Goës wird bestätigt durch 117, 10. Sic. Flacc. 162, 25. Vgl. über die obige Stelle Degenkolb, Platzrecht 237 fg.

178) Walter, Gesch. d. r. R. § 182 A. 59 denkt hier an Vectigal- statt an Acker-Verpachtung, was ich aus dem Texte nicht herauszulesen vermag Richtig dagegen Degenkolb a. O. 238.

179) Vgl. Schilling, Inst. § 177.

180) Vgl. Paul. Diac. p. 151: manceps dicitur, qui quid a populo emit conducitve.

lediglich der historische Nachklang einer Terminologie zu erblicken, welche für die Zeit des Hygin [181]) nicht mehr eine Geltung in der Theorie hat, sondern von Jenem lediglich aus seinen Vorquellen beibehalten wurde, welche aber somit eine Bestätigung jenes älteren Sprachgebrauches bietet, den wir bei Cat. und Cic. ad Fam. cit. vorfanden und welchen Gai. III, 145 bezeugt, jenes Sprachgebrauchs nämlich, der jene loc. cond. rei als emtio vend. rei bezeichnete und der selbst nun wiederum als reine Breviloquenz der älteren volleren Terminologie: emere vend. fructum rei oder rem fruendam aufzufassen ist, parallel somit dem terminologischen Verhältnisse unter b, wie von B 1 a zu A 1 a.

b. die sogenannte Vectigalpachtung, deren ältere technische Bezeichnung ist: emere, redimere, vendere rem fruendam oder vectigalia fruenda und bekundet wird von

lex agr. [Thor.] v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 25: agrum fruendum redimere conducereve; lin. 85—89: vectigalia fruenda locare vendereve, s. § XIX unter C 2;

Fest. p. 376: venditiones dicebantur olim censorum locationes, quod velut fructus (s. unter A 1 b) publicorum locorum venibant.

Eine Breviloquenz späterer Zeiten verstümmelte indeß diesen Sprachgebrauch zu emere, redimere, vendere vectigalia:

Cic. in Verr. III, 6, 14: ne legem quidem venditionis decumarum neve vendundi aut tempus aut locum commutarent, ut — lege Hieronica venderent; § 15: decumas lege Hieronica semper vendundas censuerunt; 7, 18. 16, 40. 41: decumas vendere; 6, 13. 16, 40: decumas venire; 12, 31. 16, 40: decumas emere; de leg. agr. I, 8, 24: venditio vectigalium;

Pap. 1 Resp. (D. L, 5, 8. § 1): vectigalium redemtores;

Paul. 5 Sent. (D. XXXIX, 4, 11. § 5): redemtio vectigalium;

181) Unter Trajan, ungefähr 103, vgl. Hultsch, script. metrol. II, 6. Ein anderes Verhältniß waltet ob bezüglich redimere, welches als Synonym von conducere auch in der Kaiserzeit noch sich behauptet hat: A. 184.

wie andrerseits zu emere, redimere, vendere rem, wie zu entnehmen ist aus

Lab. 5 Post. a Jav. ep. (D. XIX, 2, 60. § 8): redemtor eius pontis portorium ab eo (sc. vehiculo) exigebat.

Jener Terminologie aber: vectigalia fruenda oder vectigalia emere, vendere haben wir im Gegensatz zu den Terminologieen unter A 1 b und B 1 b: vectigalia fruenda und vectigalia locare, conducere nach Maaßgabe des unter B 1 b Bemerkten allein Harmonie- und Conformität gegenüber der Theorie der Kaiserzeit von der privatrechtlichen emt. vend. und loc. cond. beizumessen.

Im Uebrigen ist dieses Verhältniß der venditio vectigalium durchaus parallel dem Rechtsverhältnisse in lex agr. [Thor.] v. 643 in C. J. L. I no. 200 lin. 70—72, wo die Publicanen dem Staate dessen Kaufgelder-Forderungen für verkauften ager quaestorius abkaufen, und wo nun solches Geschäft in lin. 71 bezeichnet wird durch: eo nomine a populo mercari [182]).

2. Das opus oder operas loc. cond. wird in alter Zeit bezeichnet durch emere, redimere, vendere rem faciendam, opus, operas, und zwar

a. in Hinsicht der Anfertigung einer res, sei dieß aus dem vom locator dem conductor gelieferten Materiale: rem faciendam, opus emere, redimere, vendere; so bei

Vitr. de arch. IX, 3, 9: redemptor (s. unter A 2 a aa),

sei es aus dem vom conductor selbst gelieferten Materiale:

lex Puteolana pariet. fac. in C. J. L. I no. 577: qui redemerit;

prätor. lex operi fac. bei Cic. in Verr. II, I, 55, 143. 56, 146: qui redemerit; ne redimito;

lex operi fac. bei Alf. 3 Dig. (D. XIX, 2, 30. § 3): dominus redemtori dabit;

Varr. L. L. V, 2, 15: praeco dicitur locare (sc. opus), quod usque id emit, quoad in aliquo consistit pretium (vgl. § XIX unter C 2);

Fest. p. 270: redemptores — dicebantur, qui, cum aliquid publice faciendum [a]ut praebendum cond[u]xerant

182) Vgl. Huschke in Richter und Schneider krit. Jahrb. 1841. V, 612.

effeceruntque, tum demum pecunias accipiebant. — — at hi nunc dicuntur redemptores, qui(c)quid conduxerunt praebendum utendumque [183]);

Cic. in Verr. II, I, 54, 141. 142: opus redimere, 55, 145. 57, 150: redemptor; III, 7, 16: redimere; de Div. II, 21, 47: redemptor, qui columnam illam de Cotta et de Torquato conduceret faciendam; Phil. IX, 7, 16: redemptor;

Alfen. Var. 7 Dig. (D. XIX, 2, 29); Lab. 5 Post. (D. XIX, 2, 60. § 3); Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 51. § 1); Pap. 10 Resp. (D. XX, 2, 1); Ulp. 17, 43. ad Ed. (D. VI, 1, 39. pr. XLII, 5, 24. § 1): redemtor.

b. In Hinsicht einer Thätigkeit anderer Art, als Anfertigung einer res, und zwar

aa. Thätigkeit, verwendet auf eine dem anderen Contrahenten zugehörige res: rem faciendam, opus emere, redimere, vendere:

lex Jul. munic. v. 709 in C. J. L. I no. 206 lin. 40: viam tuemdam redimere; lin. 49: redemptor;

edict. praet. bei Gell. XI, 17, 2: qui flumina retanda publice redempta habent, si quis eorum ad me eductus fuerit, qui dicatur, quod eum ex lege locationis facere oportuerit, non fecisse;

lex oleae legundae und oleae faciundae bei Cat. R. R. 144, 3. 145, 3: redemtor;

Liv. XLII, 3, 11: redemptores;

Ulp. 17 ad Sab. (D. VII, 8, 12. § 6): vestimenta texenda redimere;

Val. et Gall. im C. Just. IV, 65, 14: redimere frumentum annonae inferendum.

bb. Thätigkeit, die nicht in einer Einwirkung auf eine dem Leistungspflichtigen behändigte res besteht: opus, operas emere, redimere, vendere:

Plaut. Mil. IV, 2, 84: contra auro alii hanc vendere potuit operam; Epid. I, 2, 17: operam Epidici nunc me emere precio precioso velim;

---

183) Wegen dieses utendum s. A. 168.

Varr. R. R. I, 53: messi facta spicilegium venire oportet aut domi legere stipulam aut, si sunt spicae rarae et operae carae, compasci, d. h. entweder ist die Aehrenlese als opus praebendum zu verdingen: spicilegium venire, oder durch das Hofgesinde zu besorgen: domi legere, oder, wenn Beides nicht lohnt, sind die Aehren abzuweiden;

Cic. de Off. I, 42, 150: quaestus mercenariorum omniumque, quorum operae — emuntur; de Inv. II, 31, 96: hostias redimere;

Paul. Diac. p. 77: emptivum militem: mercenarium;

vgl. S. C. v. 61 bei Tac. Ann. XIV, 41: qui talem operam emptitasset vendidissetve; Sen. de Ben. VI, 15, 2;

woneben nun endlich auch die Ausdrucksweise aliquem emere, se vendere auftritt bei

Acr. in Hor. Sat. II, 7, 58: gladiatores ita se vendunt et cautiones faciunt: „Uri flammis, virgis secari, ferro necari." — Haec verba sunt verba eorum, qui gladiatores emunt, cautiones praeponentium, quibus se vendunt; und in v. 59: qui se vendunt ludo auctorati dicuntur: auctoratio enim dicitur venditio gladiatorum.

## § XXI.

### 3. Der historische Proceß der Scheidung von locatio conductio und emtio venditio.

Ueberblickt man die in § XX dargelegten Terminologieen, so ergiebt sich daraus, daß, wenn man von den Ausdrücken redimere, redemtio, redemtor absieht, welche zu reinen Synonymen von conducere, conductio, conductor sich gestalteten und so nun auch von der Kaiserzeit beibehalten wurden [184]), die Terminologie unter C, welche die loc. cond. durch emere, vendere bezeichnet, nur vereinzelt sich vorfindet, wogegen die Terminologieen unter A und B in compacter Maaße auftreten. Und zwar ist historisch das Verhältniß dieses, daß jene Termi-

184) Vgl. noch Anton. et Ver. bei Papir. 2 de Const. (D. L, 8, 9. pr.), Ulp. 3 Op. (D. L, 8, 2. § 11. L, 10, 2. § 1), Paul. de Usur. (D. XXII, 1, 17. § 7).

nologie unter C die älteste ist und verhältnißmäßig frühzeitig von der Terminologie unter A, wie später auch von der unter B verdrängt wird, eine Thatsache, die ebenso von Fest. v. venditiones p. 376 bekundet wird, als auch ohne Weiteres aus der Geschichte des Contractes der loc. cond. sich ergiebt: denn der Constituirung dieses Contractes kann die heterogene Terminologie unter C zeitlich nicht nahe, sondern sicher nur ferne stehen. Hieraus daher ergiebt sich die Thatsache, daß der früheren Zeit die Terminologie entstammt, welche die loc. cond. durch emere, vendere bezeichnete.

Aus diesem terminologischen Momente aber ist zu folgern, daß die ältere Zeit die loc. cond. als emtio venditio auch auffaßte [185]. Und diese Thatsache nun wird ebensowohl im Allgemeinen bestätigt dadurch, daß die merces von Alters her als pretium oder manu pretium, somit als Kaufpreis bezeichnet ward [186], wie auch bezüglich der einzelnen Unterarten der loc. cond. Denn die loc. cond. rei ist in älterer Zeit zur emt. vend. fructus rei construirt [187], wie theils die leges pabuli hiberni und fructus ovium vendundi bei Cat. R. R. 149. 150, theils Cic. ad Fam. XIII, 76 und Hygin. de cond. agr. 116

185) Kauf und Miethe fließen auch im Sanskrit zusammen: vasnas, Kaufpreis, vasnam, Miethe: Curtius, gr. Etym. 300.

186) Plaut. Mil. IV, 2, 67. 69. Pseud. III, 2, 60. Sext. Turpil. Boethunt. bei Non. 23, 5. Cat. RR. 14, 3. 4. lex operi fac. bei Alf. 3 Dig. (D. XIX, 2, 30. § 3), Lab. 4 Post. a Jav. ep. (D. cit. 28. § 2. fr. 58. pr.), 1 Pith. a Paul. ep. (D. XIV, 2, 10. § 2), Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 51. § 1), Afric. 8 Quaest. (D. cit. 35. § 1 nach Serv.), Ulp. 69 ad Ed. (D. XLI, 2, 10. § 2 wohl ebenfalls nach einem älteren Juristen). Jedoch sagt bereits Varr. L. L. V, 36, 178: si quid datum pro opera aut opere (somit nicht: pro re), merces a merendo. Quod manu factum erat et datum pro eo, manupretium a manibus et pretio. Manupretium z. B. bei Vitr. IX, 3, 9. u. a.

187) Damit harmonirt die spätere Bezeichnung der loc. vend. rei als loc. cond. fruendae rei: § XX unter A 1 a. Erst die spätere Theorie führte die loc. cond. rei auf eine doppelte Proportion zurück: do mercedem, ut re frui und ut re uti mihi liceat; so in ersterer Beziehung: Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 33), Pomp. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. cit. 9. pr.), Ulp. cit. (D. cit. 15. § 1), Paul. 34 ad Ed. (D. cit. 24. § 4); in letzterer Beziehung: Sen. de Ben. VII, 5, 2. Gai. III, 144. J. Just. III, 14, 2. Isid. Or. V, 25, 12.

in § XX unter C 1 a befunden; ja diese ältere theoretische Anschauung reflectirt sogar noch in den von Lab. 5 Post. (D XVIII, 1, 80. § 2. und pr.) besprochenen Fällen: silva caedua in quinquennium venierat: quaerebatur, cum glans decidisset, utrius esset, und: cum manu sata in venditione fundi excipiuntur, non quae in perpetuo sata sunt (d. h. perennirende Gewächse mit periodisch tragender Frucht) excipi viderentur, sed quae singulis annis seri solent ita, ut fructus eorum tollantur (d. h. die in jährlich wiederkehrender Bestellung erbaute Frucht, nicht etwa bloß die auf dem Felde stehende Saat des laufenden Bestellungsjahres allein).[188]. Dagegen die loc. cond. operis und operarum wird in älterer Zeit zur emt. vend. operis und operarum construirt, wie dieß theils die hierfür altüberlieferten Ausdrücke redimere, redemtio, redemtor, theils aber auch Plaut. Mil. IV, 2, 84. Epid. I, 2, 17. Varr. LL. V, 2, 15. RR. I, 53. Cic. de Off. I, 42. Paul. Diac. p. 77 in § XX unter C 2 ergeben[189]. Demgemäß aber bestand nach dieser ältesten Auffassung zwischen der loc. cond. und emt. vend. lediglich eine specifische, nicht eine generische Verschiedenheit. Beide waren emtiones venditiones und unterschieden sich nur in dem Objecte: der res einerseits und den fructus rei, opus und operae andrerseits.

Eine spätere Zeit nun statuirte eine generische Verschiedenheit zwischen jenen beiden Gruppen von Geschäftsgestaltungen und sonderte dem entsprechend zwei verschiedene Geschäftsgattungen: die emt. vend. einerseits, für welche jene alte emt. vend. rei das Gebiet ergab, und andrerseits die loc. cond. mit ihren Sondererscheinungen als loc. cond. rei und operis oder operarum. Und zwar ist der leitende Gesichtspunkt, welcher solcher Scheidung zu Grunde liegt, gegeben in der ökonomischen

---

188) Kein Gegenbeweis ist zu entnehmen aus Gai. IV, 28: introducta est pignoris capio — lege XII tab. — adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem — impenderet; denn hier ist Alles in Ausdrucks- wie Auffassungsweise modernisirt.

189) Bezüglich der loc. cond operarum spricht hierfür auch die altüberlieferte Ausdrucksweise: dare operam alicui: Jemandem seine Arbeitsleistung übergeben, vgl. Gronov. Lect. Plaut. 69.

Proportion, welche in jenen mehreren Geschäften zur Ausprägung gelangt und welche nun als eine verschiedene erkannt ward[190]): das do pretium, ut rem mihi habere liceat einerseits und do mercedem, ut re mihi frui liceat, sowie ut opus oder operas mihi facias andrerseits[191]).

Diese Scheidung selbst aber von emt. vend. und loc. cond. als zwei generisch verschiedener Geschäftsfiguren geht keineswegs aus von der Jurisprudenz, als vielmehr in naturgemäßester Entwicklung von der Nationalanschauung: vielmehr hat die Jurisdiction zu keiner Zeit eine eigene Klagformel für die a. loc. cond. geschaffen, während die Cautelarjurisprudenz, wie die Rechtstheorie noch längere Zeit hindurch die loc. cond. als emt. vend. behandelten, nachdem bereits die Volksanschauung zu einer Scheidung Beider gelangt war. Der Zeitpunkt aber, wo dieser letztere Proceß sich vollzog, läßt sich durch unmittelbare Zeugnisse nicht constatiren: denn in dem 7. Jahrh. ist jener Proceß bereits abgeschlossen, während die Quellen aus früheren Zeiten entweder unter dem Einflusse juristischer Ausdrucks- wie Anschauungsweise stehen, oder aber zu dürftig sind. Immerhin aber dürfen wir annehmen, daß die Nationalanschauung nicht früher jene Begriffssonderung vollzog, als von dem Momente an, wo zu Rom ein regerer geschäftlicher Verkehr sich entfaltete und damit der Blick sich schärfte zur Wahrnehmung und Beachtung obwaltender Unterschiede in den ökonomischen Proportionen, welche in dem geschäftlichen Leben sich ausprägten. Und dieß ist das ausgehende 5. und das beginnende 6. Jahrh. d. St. (Thl. II § 73 fg.). Und indem nun einerseits mit der so sich vollziehenden Begriffsscheidung auch eine neue Terminologie

190) Es giebt noch eine zweite Möglichkeit: die römische Nationalanschauung unterschied von Alters her zwischen emt. vend. und loc. cond., die Jurisprudenz aber, um die Letztere durch das Mittel der a. emti vend. klagbar zu machen, subsumirte dieselbe durch eine interpretative Construction der emt. vend. Allein solche Annahme ist zu verwerfen um der Gründe willen, welche aus § XIX sich ergeben: sicher sind die Begriffe von vermiethen, ermiethen u. dergl. erst zuletzt den Worten locare und conducere untergelegt worden.

191) Vgl. Non. 340, 16: locandi significatio manifesta est, ut aut operis locandi aut fundi (i. e. rei).

für die abgesonderte loc. cond. sich ausbildete, andererseits aber, wie bemerkt, die juristische Theorie mit der Nationalanschauung nicht Hand in Hand ging, als vielmehr derselben nur nach längerem Zögern folgte (§ XXII), so tritt nun in Folge dessen die Erscheinung zu Tage, daß gleichzeitig neben dieser neuen Terminologie auch die altüberlieferte Terminologie noch in Uebung sich erhielt, daher wir im 7. Jahrhundert beiden Terminologieen neben einander begegnen: einerseits fructus rei, rem fruendam, vectigalia fruenda, vectigalia oder auch rem emere, redimere, vendere und rem faciendam, opus, operas emere, redimere, vendere, wie andrerseits rem fruendam und faciendam oder aliquid faciendum locare, conducere (§ XX unter C. A); ja in Folge des tralaticischen Verhaltens der römischen Theorie, wie Ausdrucksweise erhielt sich sogar jene erstere Terminologie in einzelnen Spuren noch bis in spätere Zeiten.

## § XXII.

### 4. Die Formel und das Alter der actio ex locato conducto. Theorie der locatio conductio.

Die loc. cond. unterfiel nach § XXI von Alters her der emtio vend. und ward etwa seit dem 5. Jahrhunderte von der letzteren gesondert und zwar zunächst von der Nationalanschauung, während das römische Recht erst später solche Scheidung adoptirte [192]. Und zwar war in dieser letzteren juristischen Beziehung der historische Sachverhalt der, daß von Vorn herein die loc. cond. durch die a. ex empto vendito klagbar war. Diese Thatsache erhellt daraus, daß es die Formel dieser letzteren Klage ist (§ XV), welche man von Anfang an auf die loc. cond. anwendete und nun auch später, nachdem die juristische Theorie die Letztere als selbstständigen Contract anerkannt hatte, bei derselben beließ: denn auch die loc. cond. wird in die Klagformel gekleidet:

Quod Aulus Agerius — —, quidquid parret ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportere ex fide bona, quanti ea res erit, tantam pe-

192) Vgl. zu dem Nachstehenden Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 189 fg. Degenkolb, Platzrecht 127 fg.

cuniam, iudex, Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non parret, absolvito [193]).

Somit ward die loc. cond. als integrirender Bestandtheil der emtio vend., gleichwie die permutatio, klagbar durch Constituirung der a. ex empto vendito in der Zeit von 525—550 (§ XV).

Die Ausscheidung nun der loc. cond. als eines selbstständigen Contractes aus der emtio vend. Seitens der Jurisprudenz und die Constituirung einer eigenen Klage für jene hat sich aber, wie obbemerkt, ganz unabhängig von dem jurisdictionellen Elemente der Klage vollzogen: die a. ex locato conducto behielt vielmehr bis zum Untergange des Formularprocesses unverändert jene Formel der a. ex empto vendito bei, welche von Vorn herein ihr zu Theil geworden war, ohne daß irgend wie umgestaltend auf dieselbe eingewirkt worden wäre. Der Einfluß der Rechtstheorie in dieser Beziehung beschränkte sich somit darauf, die Rechte und Pflichten näher zu bestimmen, zu scheiden und zu begränzen, welche unter dem dare facere oportere ex fide bona inbegriffen waren, und deren juristische Besonderheiten festzustellen.

Somit fällt der juristische Proceß, mit welchem wir es hier zu thun haben, durchaus nur der Wirksamkeit der Theorie, wie der Cautelarjurisprudenz anheim und konnte nun um deßwillen unmöglich sich vollziehen vor Sex. Aelius Paetus Catus in der Mitte des 6. Jahrhunderts, da mit diesem die römische Rechtstheorie überhaupt erst sich entwickelte. Im Uebrigen aber vollzog sich jene Absonderung und Ausscheidung der loc. cond. aus der emtio vend. in zwei verschiedenen Phasen. Denn

A. die loc. cond. operis oder operarum wird zuerst und früher, als die loc. cond. rei als selbstständiger Contract anerkannt. Und zwar ist solcher Proceß bereits abgeschlossen

1. zur Zeit der Veteres, welche nach Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.) schon mit theoretischen Fragen bezüglich Jener sich befassen;

2. zur Zeit der Reception der lex Rhodia de iactu (Thl. II

193) Keller, Civ.-Pr. § 25.

A. 781. 716), da auf Grundlage dieser lex bereits die a. loc. cond. aus der loc. cond. operis gegeben wird[194];

3. zur Zeit von Cat. RR. (2. Hälfte des 6. Jahrhunderts). Denn in diesem Werke finden sich sechs verschiedene leges operis locandi conducendi und zwar die lex villae aedificandae novae ab solo: 14, 1—4., villae fundamenta ex cementis et calce faciundi: 14, 4. 5., macerias ex calce et cementis et silice aedificandi: 15, 1., parietes villae aedificandi: 15, 1. 2., oleae legundae: 144 und oleae faciundae: 145. Alle diese leges aber halten sich in Ausdrucks- wie Auffassungsweise so fern von der Construction als emtio vend. operis, daß wir in ihnen bereits eine Bekundung jener theoretischen Ausscheidung der loc. cond. aus der emt. vend. zu erkennen haben. Namentlich aber steht zu der lex oleae faciundae und legundae in einem bestimmt ausgeprägten Gegensatze die lex emtionis oleae futurae in 144, 1: cui olea venierit und 145, 1: qui eam oleam emerit, wie 146, 2: dies argento ex k. Nov. mensium X oleae legendae faciundae quaeque locata est; et si emtor locarit, idibus solvito[195]. Und nicht minder tritt in diesen leges auch die loc. cond. operarum wohl ausgebildet hervor, nämlich in der lex oleae legundae 144, 3: legulos, quot opus erunt, praebeto (sc. redemptor) et strictores. Si non praebuerit, quanti conductum erit aut locatum erit deducetur: tanto minus debebitur[196], eine Bestimmung, die genau wiederholt ist in der lex oleae faciundae 145, 1: si operarii conducti erunt aut facienda locata erit (sc. olea), pro eo resolvito aut deducetur. Und

194) Schilling, Inst. § 312.

195) D. h. dafern der emtor oleae pendentis auf eigene Rechnung und durch seine operarii Lese und Presse besorgen läßt, hat er zu zahlen 1 (zehnmonatliches) Jahr nach den kal. Nov. des laufenden Jahres; dafern aber jener emtor Lese und Presse in Accord giebt, hat er erst 12 Tage später zu zahlen.

196) D. h. der redemptor oleae legundae hat die Arbeitskräfte für dieses opus zu stellen; im Verzugsfalle wird vom locator selbst entweder das opus von Neuem in Accord gegeben (locatum), oder aber durch ermiethete Arbeiter ausgeführt (conductum); und diese merces locationis oder aber conductionis wird gekürzt von der merces, welche der redemptor oleae legundae zu empfangen hat.

diese Folgerung, welche wir so aus Cato ziehen, wird auch bestätigt durch die aus § XX sich ergebenden terminologischen Thatsachen; während die Ausdrucksweise locare, conducere unter A 2, B 2 bereits in älteren Rechtsquellen ausgebildet auftritt: in lex agr. [Thor.] v. 643, lex Jul. munic. v. 709, lex agris limit. metiund. partis Tusciae v. 713, so ist die Ausdrucksweise opus emere und vendere, nur vorkömmlich bei Varr. LL. V, 2, 15., wogegen operas emere, vendere allerdings wiederum häufiger auftritt, endlich redimere nach Maaßgabe des bei A. 184 Bemerkten eine Entscheidung nicht ergeben kann.

Da wir nun die leges privatae bei Cato auf das ius Aelianum zurückzuführen haben (Thl. III, 322), so ist nun auch dem Sex. Aelius und dessen Tripertita, wie ius Aelianum die Constituirung der loc. cond. operis oder operarum als eines theoretisch selbstständigen Contractes Seitens der Rechtswissenschaft beizumessen[197]), demgemäß dieser Proceß in die Mitte des 6. Jahrhunderts fällt.

B. Dagegen bezüglich der loc. cond. rei ergiebt sich aus den in § XX unter C 1 a dargelegten leges pabuli hiberni und fructus ovium vendundi bei Cat. RR. 149. 150. mit vollster Bestimmtheit, daß damals noch die loc. cond. rei als emt. vend. fructus rei juristisch construirt ward. Auf der anderen Seite dagegen tritt die loc. cond. rei als selbstständiger Contract bereits auf[197a])

1. bei Qu. Mucius in seinen libr. 18 iur. civ. v. 661—672 bei Cic. de Off. III, 17, 70: summam vim esse in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur „ex fide bona" — idque versari in — rebus emptis venditis, conductis locatis, wozu vgl. denselben nachstehend unter I;

---

197) Vgl. auch Pomp. Ench. (D. I, 2, 2. § 7): augescente civitate (i. e. primo bello punico exacto, postquam ius Flavianum populo traditum est) quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sext. Aelius alias actiones composuit et liberum populo dedit, qui appellatur ius Aelianum.

197a) Nicht als Datum ist verwendbar Vell. II, 10, 1 v. J. 629: Lepidum Aemilium augurem, quod VI milibus hs. aedis conduxisset, adesse iusserunt (sc. censores).

2. die lex aedis Jovis Liberi von Furfo v. 696 in C. J. L. I. no. 603 lin. 7 fg. lautet:

sei quod ad eam aedem donum datum, donatum dedicatum | que erit, utei liceat oeti, venum dare; ubei venum datum erit, id profanum esto; venditio | locatio aedilis esto. — | — Quae pequnia recepta erit, ea pequnia emere, | conducere, locare, dare — liceto;

denn hier correspondiren zuvörderst in lin. 7—9 das rem oeti, venum dare und die venditio, locatio in der Weise, daß die venditio das venum dare, die locatio das uti re donata enthält: und sodann bietet lin. 10. 11 die Bestimmung, daß mit demjenigen Vermögensstücke (pecunia), welches durch jene venditio oder locatio rei donatae erworben ist, wiederum das emere, conducere, locare und [venum] dare gestattet sein soll, so daß hierin auf doppeltem Punkte die loc. conductio rei scharf markirt und bestimmt gesondert der emtio vend. rei gegenübertritt[197b];

3. Cic. bekundet ebenso die a. loc. cond., wie die loc. conductio selbst als eigenen Contract:

de N. D. (710) III, 30, 74: iudicia —, quae ex empto aut vendito aut locato aut conducto contra fidem fiunt;

de Off. (710) II, 18, 64: conveniet — esse — in exigendo non acerbum in omnique re contrahenda: vendundo emendo, conducendo locando — aequum;

4. Varr. RR. (717) III, 1, 8. scheidet: aut conductos aut emtos habeat saltus;

5. Serv. Sulpic. bei Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 2, 15. § 2) und bei Afric. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. pr.), ingleichen Alf. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. pr.) bekunden eine ausgebildete Theorie vom Remiß des Pachtschillinges oder Miethzinses; Alf. 5 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 31) läßt eine durchgearbeitete Theorie von der loc. cond. rei erkennen, während Serv. bei Afr. 8 Quaest. (D. XIX, 2, 35. § 1) und

---

197b) Vgl. Voigt, drei epigraphische Constitut. A. 58.

Alf. 3 Dig. a Paul. ep. (D. XIX, 2, 30. pr. § 1. 2) die a. loc. cond. aus locat. cond. rei bekunden.

Nach Alle dem daher fällt die Anerkennung der loc. cond. rei als eines selbstständigen Contractes zwischen Cato's res rustica und Scävola's ius civile, somit in die erste Hälfte des 7. Jahrhunderts.

Mit dieser Anerkennung der loc. cond. rei als eines selbsteigenen Contractes geht nun Hand in Hand die Anerkennung einer eigenen Contractsklage, die jedoch, wie obbemerkt, nicht eine jurisdictionelle, sondern durchaus nur eine doctrinelle Basis ihrer Selbstständigkeit gefunden hat, indem sie als eigene Klagindividualität zwar von der Theorie anerkannt, nicht aber mit besonderer Formel versehen wird. Und zwar ist diese Klage, entsprechend der a. ex empto vendito (A. 108), von Vorn herein nur eine einige, welche in übereinstimmender Formel beiden Contrahenten gegeben wird und dementsprechend auch den Namen a. ex locato conducto führt [198]).

Die weitere doctrinelle Construction aber der loc. cond. ward von der Wissenschaft der Republik auf die Classification gestützt von

I. Loc. cond. rei als demjenigen Vertrage, wobei der locator dem conductor eine res ausantwortete; und diese nun umfaßt wiederum mehrere Vorkomnisse, worüber berichten:

Alf. 5 Dig. (D. XIX, 2, 31): rerum locatarum duo genera [199]) esse: ut aut idem redderetur, sicuti cum vestimenta fulloni curanda locarentur, aut eiusdem

---

198) Veteres bei Ulp. 24 ad Ed. (D. XI, 6, 1. pr.): ex locato conducto agere; Lab. 1 Pith. (D. XIV, 2, 10. § 1): habes ex conducto locato actionem; Sen. de Ben. III, 7, 1: a. ex conducto et locato datur; und so noch Ulp. 28 ad Ed. (D. XIX, 2, 5. XIII, 6, 5. § 12): ex locato et conducto agere; vgl. Schilling, Inst. § 311, a, sowie Gai. 21 ad Ed. prov. (D. XIX, 1, 20), welcher Stelle eine andere Beziehung giebt Schilling a. O. 302 o, allein mit Unrecht, da Gaius nicht vom locator cond., sondern von der locatio cond. spricht. Vgl. auch Degenkolb a. O. 23 A. 1 und S. VII. Nichts beweist dagegen für zwei Klagen Cic. de N. D. III, 30, 74 oben unter 3 (s. A. 108). — Die Bezeichnung a. ex locato, ex conducto ist in den Digesten die regelmäßige, dagegen die Bezeichnung a. locati, a. conducti die ausnahmsweise.

199) Wegen dieser genera vgl. Voigt, Cond. ob caus. 192.

generis[200]) redderetur, veluti cum argentum pulsatum fabro daretur, ut vasa fierent;

Qu. Muc. bei Pomp. 9 ad Qu. Muc. (D. XXXIV, 2, 34. pr.): si aurum suum omne paterfamilias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciendum dedisset — si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur[201]).

Demnach aber umfaßt die loc. cond. rei die beiden Vorkommnisse:

a. datur res, ut eadem res reddatur, wobei die res data im Eigenthume des locator verbleibt, und worunter wir nun die beiden Unterarten zu subsumiren haben:

aa. locatur res fruenda (§ XX unter A 1 a), die loc. cond. rei der Kaiserzeit umfassend;

bb. locatur res, ut conductor ad eam faciat aliquid, so z. B. locatur frumentum advehendum, bestehend in Hingabe einer Sache zum Zwecke der Veränderung eines unwesent-

---

200) Genus im Gegensatze zur species hat hier die Bedeutung von materia et substantia, welche Ausdrücke Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 7. § 7), II, 79 bietet.

201) Pomp. fügt nach Maaßgabe der Theorie der Kaiserzeit die Berichtigung bei: falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit. Die Voraussetzung, welche unsere Wissenschaft dem Alf. und Muc. unterlegt, um darauf die Theorie der loc. cond. irregularis zu stützen (vgl. Schilling, Inst. § 308, y), daß nämlich der Qualität solcher Fungibilien als Fungibilien in jenen Fällen ein bestimmender Einfluß auf den Contract von den Contrahenten besonders beigemessen worden sei, dafür giebt weder Alf. noch Muc. die leiseste Andeutung. Muc. scheint übrigens den Eigenthumsübergang auf die Tradition gestützt zu haben, während Andere denselben vielleicht auf die Specification stützten, gegen welche Theorie nun die Beschränkung bei Gai. 2 Aur. (D. XLI, 1, 7) sich richtet: si ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit. — Aus jener Theorie der Veteres gewinnt endlich volles Licht Jav. 12 Ep. (D. XLIV, 7, 55): in omnibus rebus, quae dominium transferunt, concurrat oportet affectus ex utraque parte contrahentium. Nam sive ea venditio, sive donatio, sive conductio — sit, nisi animus utriusque consentiat, perduci ad effectum id, quod inchoatur, non potest, worüber vgl. Voigt, a. O. A. 36a.

lichen äußeren Verhältnisses (§ XX unter A 2 b aa), unterfallend der loc. cond. operis oder operarum der Kaiserzeit;

b. datur res, ut eiusdem generis reddatur, wobei die res data in das Eigenthum des conductor übergeht, bestehend in Hingabe einer Sache zum Zwecke ihrer Umgestaltung zu einer neuen Form, welche nach Maaßgabe der Nationalanschauung zugleich eine neue res ergiebt, somit parallel der sogenannten Specification, so z. B. do aurum, ut annulum reddas (§ XX unter A 2 a aa), unterfallend der loc. cond. operis der Kaiserzeit.

II. Die zweite Classe umfaßte sodann die loc. cond. operis oder operarum, welche, ohne Hingabe einer res Seitens des einen Contrahenten an den Anderen begründet, auf die Arbeitskraft des Mitcontrahenten sich richtet:

Varr. LL. V, 36, 178: si quid datum pro opera aut opere, merces (sc. appellatur).

Und hierunter nun fallen die noch übrigen Vorkommnisse:

a. locatur res facienda, gerichtet darauf, daß der conductor durch seine Arbeitskraft eine Sache aus dem von ihm selbst gelieferten Materiale producire, so z. B. bei Alf. 3 Dig. (D. XIX, 2, 30. § 3): aedem faciendam locare oder Serv. bei Cic. ad Fam. IV, 12, 3: monumentum marmoreum faciendum locare (§ XX unter A 2 a bb), unterfallend der emtio venditio der Kaiserzeit [202];

b. locatur aliquid faciendum, gerichtet darauf, daß der conductor seine Arbeitskraft in irgend welcher anderen Beziehung aufwende, als auf Production einer res, so z. B. locare funus faciendum (§ XX unter A 2 b bb), unterfallend der loc. cond. operis und operarum der Kaiserzeit [203]:

---

202) Vgl. Sab. bei Pomp. 9 ad Sab. (D. XVIII, 1, 20), Jav. 11 Ep. (D. cit. 65), Gai. 2 Aur. (D. XIX, 2, 2. § 1); anders Cass. bei Gai. III, 147 und Paul. 34 ad Ed. in A. 203; vgl. Schilling, Inst. § 289 Zus.

203) Die loc. cond. operis ward auch in der Kaiserzeit noch als loc. cond. operarum ebenso bezeichnet, so von Cass. bei Gai. III, 147 und den älteren Juristen, deren Theorie referirt Ulp. 32 ad Ed. (D. XIX, 3, 1. pr.: quasi operas conduxissem), wozu vgl. Jav. 11 Ep. (D. XIX, 2, 51. § 1), Gai. 2 Aur. (D. cit. 2. § 1), wie auch theoretisch construirt: Paul. 34 ad Ed. (D. cit. 22. § 2): quum insulam aedificandam loco, ut sua

Lab. bei Paul. 2 ad Ed. (D. L, 16, 5. § 1): „Opere locato, conducto“; his verbis (sc. edicti praet.) significari id opus, quod graeci ἀποτέλεσμα vocant, non ἔργον id est ex opere facto corpus aliquod perfectum.

## III. Die Consensualcontracte im Allgemeinen und die mutui datio.

### § XXIII.

#### 1. Die Consensualcontracte im Allgemeinen.

In § XV und XXII sind die Zeitpunkte der Entstehung von a. ex empto vend., wie ex locato cond. dargelegt, woneben dann in Thl. III A. 478 festgestellt ist, daß die a. neg. gest. aus der Zeit von 672—710 datirt. Verbinden wir nun damit die an sich wohl unbezweifelte und durch die Quellen auch bekundete Voraussetzung, daß die a. pro socio und mandati erst später geschaffen worden sind, als die a. ex empto vend. und loc. cond., während andrerseits jene Beiden wiederum bereits für die erste Hälfte des 7. Jahrh. bekundet werden [204]), so ergiebt sich nun hieraus folgende chronologische Reihe der bon. fid. actiones der Republik [205]):

a. ex empto vendito von 525—550;

a. ex locato conducto auf Grund der loc. cond. operis oder operarum, wie rei: ausgeschieden aus der a. ex empto vend. die erstere um 550, die letztere in der ersten Hälfte des 7. Jahrh.;

---

impensa conductor omnia faciat, — locatio est: locat enim artifex operam suam id est faciendi necessitatem; vgl. auch Donat. in Ter. Heaut. I, 1, 21: opera est actio —, opus finis est et fructus operae.

204) Die a. pro socio wird bekundet für das J. 646 durch das Edict des Prätor P. Rutilius Rufus bei Ulp. 42 ad Ed. (D. XXXVIII, 2, 1. § 1), worüber vgl. Schilling, Inst. § 313 mm. Huschke in Ztschr. f. Civilr. u. Proc. N. F. 1856. XIV, 19. Schmidt, Pflichttheilsr. d. Patronus 8 fg. A. 20. 22. — Die a. mandati wird bekundet für die Prätur des Sex. Jul. Caesar im J. 631 durch Auct. ad Her. II, 13, 19.

205) Andere Ansichten über das Alter der Consensualcontracte im Allgemeinen s. Sell in Sell's Jahrb. II, 10. Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 198 fg.; vgl. auch Thl. II A. 684.

a. pro socio aus der ersten Hälfte des 7. Jahrh. und vor 646;
a. mandati aus der ersten Hälfte des 7. Jahrh. und vor 631;
a. negot. gest. von 672—710.

Hieraus nun ergeben sich folgende Wahrnehmungen [206]):

1. es ist eine chronologisch geordnete Reihenfolge, welche gegeben ist in der Aufzählung der Contracte bei

Gai. III, 135 und in J. Just. III, 22: consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis;

Lab. 1 ad Ed. pr. urb. in Ulp. 11 ad Ed. (D. L, 16, 19) und Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 1): emtio venditio, locatio conductio, societas;

und welche zu Grund liegt dem Institutionen-Systeme bei Gai. III, 139. 142. 148. 155 und Justinian III, 23—26, wie auch dem Sabinus-Systeme mit seiner Aufeinanderfolge von emtio vend., loc. conductio [207]), societas und mandatum [208]).

2. Die Thatsache, daß die emt. vend. ebenso der älteste Contract, wie insbesondere die Mutter der loc. cond. ist, erklärt die außerordentliche reiche Behandlung jenes Contractes in der römischen Rechtsliteratur im Gegensatze zu den übrigen Consensualcontracten; und hiermit steht auch wiederum in Zusammenhange, daß in Justinians Digesten der emtio venditio allein ein eigener Abschnitt gewidmet ist: XVIII, 1 sammt den Special-Lehren in XVIII, 2—7, neben den für jenes Werk durch das für dasselbe maaßgebende System gebotenen Abschnitten über die Contractsklagen: commodati in XIII, 6, pignoraticia: 7, depositi: XVI, 3, mandati: XVII, 1, pro socio: 2, emti venditi: XIX, 1, locati conducti: 2.

---

206) Daraus daß die Consensualcontracte, wie die Klagbarkeit der mutui datio jünger sind als die fidepromissio von 525—585 (Beil. XIX § V unter 2) erklärt sich, daß diese, gleich der sponsio, nicht als Form der Bürgschaft für jene Contracte dienen kann, während die fideiussio von 587—672 (Beil. XIX § V unter 4) jünger ist als mehrere jener Contracte und deßhalb als Bürgschaftsform für dieselben verwendbar ist.

207) Ulp. 28. 29 ad Sab., Paul. 5 ad Sab., Pomp. 9. 10 ad Sab., Jul. 2 ad Urs. Fer., 3 ex Minic., Lab. 4. 5 Post. a. Jav. epit.

208) Ulp. 30 ad Sab., Paul. 6 ad Sab., Pomp. 12—14 ad Sab., Jul. 2 ad Urs. Fer., 4 ex Min., Lab. 6 Post. a Jav. epit.

3. Das römische Recht bringt bei Schaffung der Contractsklagen des ius gentium zwei Systeme in Anwendung, welche in zeitlicher Ordnung aufeinander folgen:

a. das früheste, bei den ältesten jener Klagen befolgte System giebt aus dem zweiseitigen Contracte nur eine einige Klage, welche somit als die nämliche den beiden Contrahenten gleichmäßig zusteht: die a. ex emto vendito (A. 108), ex locato conducto (A. 198) und pro socio;

b. das spätere, bei den jüngeren jener Klagen adoptirte System dagegen giebt aus dem Contracte zwei verschiedene Klagen und zwar je eine andere für Jeden der beiden Contrahenten, nämlich dem für die Hauptperson erklärten Contrahenten eine actio directa, dem Mitcontrahenten aber die a. contraria, so bei a. mandati und negot. gest., wie später auch bei a. commodati, depositi und pigneraticia.

Die Schaffung selbst aber jener Consensualcontracte ist das Werk der mores [209]), in deren Sphäre jene Geschäfte von früher Zeit her, rein auf der Basis der fides stehend, somit als einfache Lebensgeschäfte auftraten, bis dann endlich die culturhistorischen Umwandlungen, denen das römische Volk unterlag, und insbesondere die Abschwächung von Moralität und bürgerlicher Sitte das Bedürfniß, wie die Anforderung eines äußeren Zwanges zur Erfüllung der bei jenen Geschäften übernommenen Verbindlichkeiten wachrief und so auch eine opinio necessitatis erzeugte, damit nun ein Gewohnheitsrecht schaffend.

Diese Anschauungen aber und Bildungen des bürgerlichen Verkehres nahm die Rechtstheorie der Republik: die Interpretatio auf, denselben ihre Beziehung und Stellung zu dem gegebenen Rechte vermittelnd und die geeignete Klagformel nachweisend (Thl. II § 79. III § 49), weiterhin dann auch die Ausbildung der betreffenden Klagen in ihren mannichfachen Verwendungen und Richtungen feststellend (vgl. § XIV). Das allgemeine, wie breiteste theoretische Fundament aber, auf welches jene Interpretatio die Consensualcontracte stellt, um so eine Einordnung und eine organische Stellung jener Contracte in

209) Cic. de Off. III, 15, 61. de Inv. II, 22, 67. 68. 54, 162. Auct. ad Her. II, 13, 20. Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. 7. pr.) bei A. 211. 212; vgl. Thl. II § 79. III § 36. 49 a. E. 53.

dem römischen Rechte und dessen Systeme zu vermitteln, bot das juristische pactum dar, wie solches bereits in den XII Taf. als Rechtsgeschäft anerkannt war (Thl. III, 183). Und in dieser Stellung nun begegnen wir den Consensualcontracten, wie der mutui datio in dem Contracts-Systeme von des Qu. Muc. Ὁρῶν (D. L, 17, 73. § 4):

nec paciscendo, nec legem dicendo, nec stipulando quisquam alteri cavere potest,

wo unter stipulari die Stipulation und unter leges dicere, abgesehen von dem legatum, die lex mancipii nebst fiducia, das nexum und etwa die dotis dictio zu verstehen sind[210], während das pacisci die Consensualcontracte, wie mutui datio repräsentirt. Und so tritt diese Classification des Qu. Mucius auch hervor bei

Cic. p. Caec. 18, 51: testamentum — aut stipulatio aut pacti et conventi formula;

Part. Or. 37, 130: tabulae, pactum conventum, stipulatio; de Orat. 24, 100: tabulae, — pacta conventa, stipulationes,

wo testamentum und tabulae an den Platz der lex dicta gestellt sind; dagegen wieder in

Cic. de Off. I, 7, 23: dictorum conventorumque constantia,

scheinen die dicta ebenso das legem dicere, wie stipulari zu umfassen. Endlich stipulatio und pacta hebt auch hervor

Sen. de Ben. III, 15, 1: stipulatio, — pacta conventaque.

Den für jene Classenbezeichnung maaßgebenden Begriff aber von pactum oder pactum conventum bekunden

Auct. ad Her. II, 13, 20: ex pacto ius est, si qui inter se pepigerunt, si quid inter quos convenit. Pacta sunt, quae legibus observandae sunt, hoc modo: „Rem ubi pagunt, orato; ni pagunt — —“. Sunt item pacta, quae sine legibus observantur[211]) ex convento, quae iure praestare dicuntur,

---

210) Vgl. wegen obiger Stelle Balduin. Jurispr. Muc. 165 fg. Maians. XXX JCtorum fragm. I, 208. Vgl. auch Thl. III, 323. — Wegen legem dicere s. Voigt, Cond. ob caus. A. 655. — Wo Muc. die expensilatio einordnete, ist nicht mehr zu erkennen.

211) So auch Cic. de Off. III, 15, 61: iste dolus malus — legibus

wo somit ganz bestimmt zwei Unterarten von pacta geschieden sind: theils das pactum legitimum und so namentlich der XII Taf., sowie die pacta quae sine legibus observantur d. h. die Contracte des ius gentium, welche nicht auf leges beruhen und dennoch ius setzen[212]); sowie

Cic. de Inv. II, 22, 68: pactum est, quod inter aliquos convenit, quod iam ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur; und 54, 162.

wo unter den pacta, indem solche zugleich in § 67 dem Gewohnheitsrechte überwiesen werden, Verträge in Frage stehen, die zugleich gewohnheitsrechtlich, wie unsolenn, als auch klagbar sind (iam ita iustum putatur, ut iure praestare dicatur), Merkmale, welche einzig und allein in den Consensualcontracten und der mutui datio zusammentreffen.

Und ebenso tritt jene Begriffsbestimmung darin zu Tage, daß pactum verwendet wird zur Bezeichnung der

emtio venditio von Cic. cum pop. grat. eg. 5, 13: empti pactio;

locatio conductio von Plaut. Bacch. fr. 14 R. Asin. III, 3, 145: pactae leges; Gell. V, 10, 4. 8. vgl. 6. 10. 14.

---

erat vindicatus, ut tutela XII tabulis, — — et sine lege iudiciis, in quibus additur „Ex fide bona." Die Bezüglichkeit dieser Thl. II, 627 benützten Stelle beruht darauf, daß hier zwar nicht direct, wie Keller, Civ. Pr. A. 115 will, wohl aber indirect der durch lex gesetzten Klage die nicht durch leges geschaffene Klage gegenübergestellt wird: denn die XII Taf. verpönten durchaus nicht durch ein eigenes Gesetz den Dolus des Tutor, als vielmehr sie gaben die Klage aus der Tutel, durch welche der Dolus des Tutor mit reprimirt wurde; und ebenso: bei der bon. fid. a. wird ohne Gesetz der Dolus reprimirt, nicht etwa als ob der Gesetzgeber bei einem Erlaß über solche Klage eine derartige Bestimmung ausgelassen hätte, sondern vielmehr weil überhaupt gar keine lex über die bon. fid. actiones existirte.

212) Durchaus übereinstimmend ist Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 5. 7. pr.) in der Classification der conventiones, quae ex privata causa fiunt, wo die privata causa zerlegt wird in causa legitima und iuris gentium, somit also jener die Verträge des ius civile unterfallen, die zugleich auf eine lex, als ihre Rechtsquelle zurückgeführt werden (vgl. Paul. 3 ad Ed. in Dig. II, 14, 6), wogegen die Letzteren die Verträge des ius gentium umfassen, welche wiederum nicht auf einer lex, als vielmehr auf einer anderen Rechtsquelle beruhen.

societas: Alf. Dig. bei Paul. 3 Epit. (D. XVII, 2, 71. pr.): pactum conventum societatis.

Demnach aber ist der Weg, welchen die römische Rechtswissenschaft einschlug, um für die neu geschaffenen Contracte des ius gentium eine theoretische Basis und Construction, wie eine Stellung in dem Rechtssysteme zu gewinnen, der, daß man jene neu geschaffenen Rechtsfiguren den pacta der XII Taf. subsumirte, zugleich aber insofern denselben wiederum eine juristische Besonderheit und Weseneigenthümlichkeit wahrte, als jene pacta legitima klaglos sind (Thl. III, 183), während diesen pacta des ius gentium die Klagbarkeit zuerkannt war.

Sodann nun die Bestimmung der Klage selbst, welche zuerst der emtio vend., und weiterhin dann den übrigen Consensualcontracten sammt der neg. gestio beigelegt wurde, ging ebenfalls von der Rechtswissenschaft aus: denn civil, nicht honorarisch sind alle jene Klagen (Thl. II, 628). Und zwar nahm der historische Proceß, der hierin sich vollzog, den Verlauf, daß zuerst auf die emtio venditio die a. sponsae pecuniae oder ex stipulatu übertragen wurde mit ihrer intentio auf: quidquid parret ob eam rem Numerium Neg. Aulo. Ag. dare facere oportere ex fide bona (§ XV), und daß sodann von hier aus diese Klagformel zunächst auf die a. ex locato cond. sich überleitete und zuletzt endlich Gemeingut aller später geschaffenen Contracte des ius gentium sammt der neg. gestio wurde. Dabei aber liegt in jenem Processe der Verallgemeinerung der Formel der a. ex empto vend. ein doppelter Moment von verschiedener theoretischer Bedeutung. Denn indem bei der Ausscheidung der locatio cond. aus der emtio vend. der damit neu geschaffenen a. ex locato cond. jene intentio auf dare facere oportere ex fide bona zugetheilt ward, so wurde hierin einerseits der locatio cond. jene intentio nicht neu verliehen, als vielmehr einfach diejenige intentio belassen, welche ihr bisher schon zukam während der Zeit, wo auch die locatio cond. noch der a. ex empto vend. theilhaft war; sodann aber hatte andrerseits diese Uebertragung der intentio in processualischer Beziehung die Rückwirkung, daß nunmehr jene Formel aufhörte, das Reservat und Eigenthum einer Klag-Individualität zu sein, vielmehr zum Gemeingute einer ganzen

Klagen-Gruppe oder -Classe ward, zur Formel der bon. fidei contractus sich verallgemeinernd, und so nun wesengleich ward mit der condictio, welche ebenfalls die a. ex stipulatione, expensilatione, mutui datione, indebiti solutione u. dergl. unter sich faßte. Daher ist es denn, wie bemerkt, ein ganz verschiedener Proceß, der sich vollzieht, indem die intentio der a. ex empto vend. zuerst auf die a. ex locato cond., und später dann auf alle neugeschaffenen Contracte des ius gentium übertragen wird: in der ersteren Beziehung ist bestimmend die Anschauung, daß die locatio cond. längere Zeit hindurch ächte emtio vend. war und um deßwillen nun nach ihrer Selbstständigkeits-Erklärung die in jenem Verhältnisse ihr zu Theil gewesene intentio gleich als Successions-Antheil einfach behielt; in der letzteren Beziehung dagegen vollzieht sich die gleiche Uebertragung auf Grund der Prämisse: societas, mandatum und negotiorum gestio, und weiterhin: commodatum, depositum und pignoris datio sind bon. fid. negotia und um deßwillen nun der bon. fid. actio theilhaft.

Endlich nun der Prätor, gleich als ausführendes und vermittelndes Organ der mores und interpretatio handelnd, brachte die von den Ersteren geforderte und von der Letzteren bestimmte und festgestellte Klage in der Jurisdiction zur Anwendung (Thl. II, 629 und A. 923). Und zwar, was insbesondere die Frage betrifft, welche Stellung das Edict gegenüber diesen Klagen einnahm, so waren in dem edictum perpetuum die bon. fid. actiones aus den Real- und aus den Consensualcontracten sicher in zwei verschiedenen Abschnitten proponirt [213]), während im Uebrigen die Fassung des Edictes selbst, an welches die Klagformel aus den Consensualcontracten sich anlehnte, eine höchst zweifelhafte ist [214]). Allein sicher war auch bereits in dem republikanischen Edicte die Klagformel der Consensualcon-

---

213) Voigt, Cond. ob caus. § 43.

214) Vgl. Weyhe, libr. III edicti p. 218, van Reenen bei Den Tex, fontes III iur. civ. p. 67. Auch Rudorff, Ed. perp. § 112. 113. 1[?]8. setzt nicht nur vier einzelne Edicte voraus, sondern nimmt auch an, daß der Prätor ein und dieselbe Formel vier Mal je bei den betreffenden vier Contracten wiederholt habe.

tracts-Klagen proponirt, wie deren Benennung: arbitria honoraria mit vollster Bestimmtheit ergiebt (Beil. XX § II). Und für dieses republikanische Edict nun ist die nähere Bestimmung der Clausel, unterhalb welcher die Klagformel jener Contracte proponirt war, zu gewinnen aus der im Obigen festgestellten Thatsache, daß die Rechtswissenschaft der Republik wenigstens bis auf Qu. Mucius die Consensualcontracte als pacta conventa bezeichnete. Denn, wie Cicero und Trebatius befunden[215]), gehörte schon der Republik an das in Dig. II, 14, 7. § 7 überlieferte Edict:

Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, edicta, decreta principum, neve quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo[216]);

und zwar lautet dieses Edict zu Cicero's Zeit (A. 215):

Pacta conventa, quae nec vi nec dolo malo, nec adversus leges, plebiscita, edicta magistratuum facta erunt, servabo,

und rührt in dieser Fassung von dem Prätor Octavius her, während in seiner noch früheren, vom Prätor Cassius herstammenden Fassung nach Ulp. 76 ad Ed. (D. XLIV, 4, 4. § 33) dasselbe lautete:

Pacta conventa, quae nec dolo malo, nec adversus leges etc. facta erunt, servabo.

Und auf diese Edicte nun stützten sich im Zeitalter der Republik nicht allein zwei Exceptionen: die exc. doli oder doli et vis und die exc. pacti conventi[217]), sondern auch die bon. fid. actiones, wie insbesondere die Klagbarkeit der pacta adiecta und sonstiger Nebenverabredungen der Consensualcontracte[218]). Denn auf solchen weiten Wirkungskreis des Edictes

---

215) Cic. de Off. III, 24, 92: pacta et promissa semper servanda sint „Quae nec vi nec dolo malo", ut praetores solent [determinare], „facta sint"; Trebat. bei Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 10. § 2); vgl. Lab. das. (D. cit. 7. § 10).

216) Daß dieses Edict an die XII Taf. anknüpfte, was wir selbst oben bezüglich der theoretischen Auffassung der Consensualcontracte als pacta statuirten, erkennt an Weyhe, l. c. 85. 131 A. 4. Im Uebrigen vgl. Heineccius, Op. posth. ed. II. p. 340 fg. Bölderndorff, Erlaß 7 fg.

217) Um dieses Momentes willen verweisen wir die historische Darstellung jenes Edictes nach Thl. III Buch II.

218) Die Kaiserzeit stützt auf das obige Edict nur noch die exc. pacti

weist hin, daß dasselbe nicht lautet auf exceptionem dabo, als vielmehr auf servabo, wodurch nun der Prätor einen weit umfassenderen Schutz, als durch Exception allein verheißt[219]. Erst in der Kaiserzeit verkümmerte dann die Tragweite und Bedeutung jenes Edictes, wie auch dasselbe eine neue Redaction erfuhr. Und zwar ist die Veranlassung dafür, daß insbesondere die Consensualcontracte der Sphäre jenes Edictes entzogen wurden, in dem auf Serv. Sulpicius zurückgehenden Obligationensystem zu suchen, in welchem die Consensualcontracte als contractus eingeordnet waren (Thl. III A. 485), so daß dieselben nunmehr aufhörten als pacta conventa zu gelten.

## § XXIV.

### *2. Die mutui datio.

Die mutui datio sammt ihrer Klage bietet im Gegensatze zu den übrigen Contracten des ius gentium zwei höchst bemerkenswerthe Eigenthümlichkeiten: zuerst, trotz dem sie iuris gentium ist, sind Klage wie Rechtsgeschäft nicht bon. fid., sondern stricti iuris: die Klage ist auf das iudicium, nicht auf das arbitrium iudicis und auf dare oportere, nicht auf dare facere oportere ex fide bona gestellt; und sodann tritt die Klage von Anfang an nicht als eigene Klag-Individualität[220],

---

conventi: Ulp. 4 ad Ed. (D. II, 14, 7. § 4. 8. 11 fg.) u. a. m., sowie die Klagbarkeit der pacta adiecta: Ulp. cit. (D. cit. § 5); vgl. Veteres bei Pap. 5 Quaest. (D. II, 14, 39), Lab. 1 Pith. a Paul. ep. (D. XX, 1, 35), Pomp. 19. 35 ad Sab. D. XIII, 7, 5. 8. § 4. 5), Gai. II, 64. III, 149. Pap. 10 Quaest. (D. XXIII, 1, 72. pr.). Daher ist nicht ganz correct Schilling, Inst. § 250 dd.

219) Uebereinstimmend ist das Edict in Dig. XLII, 8, 1. pr.: quae fraudationis causa gesta erunt, — — adversus ipsum, qui fraudem fecit, servabo; das Gegenstück bietet das jüngere Edict in Dig. IV, 2, 1: quod metus causa gestum erit, ratum non habebo. Diese Redewendungen, sowie animadvertam sind ganz vereinzelt und beruhen jedesmal auf besonderem Grunde. — Endlich steht auch noch im edictum perpetuum das obige Edict nicht in der Pars de exceptionibus, als vielmehr de iurisdictione.

220) Bezeichnungen, wie condictio ex numeratione bei Ulp. 26 ad Ed. (D. XII, 1, 9. § 5), mutui actio bei Diocl. im C. Just. VII, 35, 5 sind nicht technisch: Beil. XIX § I.

sondern nur als besondere Anwendung und Ausprägung der certi, wie triticaria condictio auf und wird demgemäß nun in der Form des agere per sponsionem processualisch zur Geltung gebracht.

In diesen beiden Besonderheiten prägte sich aber das zwiefach widerspruchsvolle Verhältniß aus, daß erstens die mutui datio mit ihrer Klage einerseits aequi et boni ist: insofern ebensowohl als Willensbestimmung die nuda voluntas, der nudus consensus genügt, somit dieselbe nicht an eine solenne Form gebunden ist, als auch das rechtsverbindliche Element des Geschäftes in dem actum, nicht aber in dem dictum, somit in der Willensbestimmung im Gegensatze zur Willenserklärung liegt (Thl. III § 16. 18); und daß andrerseits dieselbe auch wiederum stricti iuris ist: insofern die Klage auf das iudicium iudicis und auf dare oportere gestellt ist; sodann aber auch, daß Geschäft, wie Klage zwar iuris gentium sind, dabei aber im Einzelnen wiederum von den Maximen des ius gentium insoweit abweichen, als sie ebensowohl, wie dargelegt, gewissen Sätzen des rigor sich unterordnen, als auch die Klage nicht einer unmittelbaren formula theilhaft ist, sondern vielmehr durch das Mittel des agere per sponsionem die formula gewinnt.

Da nun die mutui datio durch das gleiche Organ, wie die Consensualcontracte zur Klagbarkeit gelangte, nämlich durch mores, wie interpretatio (§ XXIII), so liegt insbesondere in dem Verfahren der interpretatio bei Bestimmung der der mutui datio zukommenden Klage die Erklärung jener so eigenthümlichen Widersprüche. Und zwar wählte die Interpretatio als den Ausgangspunkt ihrer die a. ex mutuo construirenden Operation den Begriff des credere im technischen Sinne, wie solcher zuerst von der lex Silia als Wechselbegriff von stipulari gegeben (Beil. XIX A. 30) und später sodann, zwischen 419 und 426, bereits auf das expensum ferre durch die Interpretatio extendirt worden war (Thl. III § 49 unter 1): man erklärte oder construirte das mutuo dare zu einer juristisch relevanten und wesengleichen Unterart jenes credere[221]), und

221) Voigt, Cond. ob caus. § 42. Im Uebrigen vgl. Demelius in Ztschr. f. R. G. II, 217 fg.

erkannte nun auf Grund dieser Prämisse der mutui datio die condictio certi, wie triticaria zu, damit aber auch solche Klage zugleich der Form des agere per sponsionem überweisend. In Folge dessen aber ward diese Darlehnsklage ohne Weiteres auch allen den aus ihrer Natur als condictio sich ergebenden obbezeichneten Consequenzen sei es an Sätzen des strictum ius, sei es an Maximen unterworfen, während im Uebrigen dieselbe dem ius gentium überwiesen wurde; und mit Rücksicht hierauf ward zugleich eine neue, selbst dem ius gentium überwiesene Formel der processualischen sponsio, wie restipulatio auf dabisne? dabo für den Peregrinenproceß geschaffen (Beil. XIX § VII unter V B 2).

Insbesondere aber daraus, daß die mutui datio nicht als bon fid. negotium construirt wurde, ergiebt sich zugleich, daß dieselbe durchaus nicht von dem Gesichtspunkte eines Freundschaftsgeschäftes klagbar gemacht worden ist, und daß somit für diesen historischen Proceß im Besonderen keinerlei Folgerungen aus der Thatsache zu entnehmen sind, daß von Alters her für gewisse Fälle Darlehen der Clienten an die Patrone üblich waren (Thl. III A. 301) und daß auch später noch die mutui datio den Character des Freundschaftsgeschäftes an sich trug (Thl. III A. 295): denn dieser Moment ist nach dem Obbemerkten völlig einflußlos ebenso auf den Proceß der Schaffung, wie auf die juristische Natur der Darlehnsklage.

Bezüglich des Zeitpunktes nun, in welchen jener Proceß der Schaffung der Darlehnsklage durch die Vermittelung der Interpretatio fällt, sind folgende Anhaltepunkte gegeben:

1. jener Proceß selbst ist älter, als

a. 678, wo Cic. p. Rosc. Com. 4, 13 die condictio aus der mutui datio bekundet;

b. 660, wo das S. C. bei Ascon. in Corn. p. 57: ne quis Cretensibus pecuniam mutuam daret die mutui datio als Rechtsgeschäft bezeugt;

c. 585, wo Cat. suasio leg. Voconiae bei Gell. XVII, 6, 1 sagt: principio vobis mulier magnam dotem attulit, tum magnam pecuniam recipit, quam in viri potestatem non committat; eam pecuniam viro mutuam dat; postea, ubi

irata facta est, servum recepticium sectari atque flagitare virum iubet;

d. 569 oder 570, wo die mutui datio als Rechtsgeschäft bekundet wird von Plaut. Trin. III, 2, 101 fg.: nudius sextus quoi talentum mutuom | dedi, reposcam, ut habeam mecum quod feram viaticum; IV, 3. 44 fg.: si quoi mutuom quid dederis, fit pro proprio perditum: | quom repetas, inimicum amicum invenias benefacto tuo. | Si mage exigere occipias, duarum rerum exoritur optio: | vel illud, quod credideris, perdas, vel illum amicum amiseris, wo die Steigerung von repetere d. i. reposcere zu exigere für Letzteres die Bedeutung von klagweiser Einforderung ergiebt. Und noch bestimmter wird in Bacch. (nach 564) II, 3, 16 fg. die Klagbarkeit der mutui datio bekundet: es ist hier von einem Athenienser einem Ephesier ein Darlehn gegeben und über solches ein Syngraphum ausgestellt worden, worauf nun der Erstere wider den Letzteren zu Ephesus Klage erhebt und von Recuperatoren[222]) der Proceß entschieden wird: 36 fg.: Chr. postquam quidem praetor recuperatores dedit, | damnatus demum vi coactus reddidit | mille et ducentos Philippos. Nic. Tantum debuit.

e. Endlich aus dem J. 555 berichtet Liv. XXXII, 2, 1: Carthaginienses eo anno argentum in stipendium impositum primum Romam advexerunt. Id quia probum non esse quaestores renuntiaverunt experientibusque pars quarta decocta erat, pecunia Romae mutua sumpta intertrimentum argenti expleverunt, ein Vorgang, bei welchem die mutui datio nicht als einfaches Lebensgeschäft, sondern vielmehr nur als ein Rechtsgeschäft aufgefaßt werden kann.

2. Dagegen ist andrerseits die Klagbarkeit der mutui datio nicht älter als

a. die lex Aebutia v. 513—517 (A. 2) und die Entstehung des ius gentium (Thl. II § 77), weil von Born herein die

---

222) Keller, Civ. Pr. A. 133 führt solches indicium recuperatorium zurück auf eine für den Provincialproceß gültige Rechtsordnung; allein dasselbe ruht vielmehr auf einem Rechtssatze des Processes des ius gentium, darauf nämlich, daß die eine Processpartei peregrinus ist.

mutui datio als Rechtsgeschäft des ius gentium auftritt: unter 1 d und e[223]);

b. die Annahme der Stipulationsform dabisne? dabo, welche, wie obbemerkt, der sponsio und restipulatio der Darlehnsklage in Peregrinenprocesse als Form des agere per sponsionem diente und deren Aufnahme in die Zeit nach 523 fällt (Beil. XIX § VII unter V B 2).

Nach Alle dem ist somit die Klagbarkeits-Erklärung der mutui datio in die Zeit von 525—554 zu versetzen, und die Veranlassung jener Neuerung im Besonderen mit in dem Verbote der Zinsdarlehen zu erblicken, welches, von der lex Genucia im J. 412 ausgesprochen, bis zur lex Cornelia et Pompeia unciaria v. J. 666 in Bestand verblieb[224]. Und endlich weist denn auch der für die mutui datio gültige Rechtssatz, daß dießfalls die traditio das Eigenthumsrecht an der res tradita auf den Accipienten überträgt, auf eine spätere Anerkennung jener selbst als Rechtsgeschäft hin: denn dieser Rechtssatz verhält sich durchaus disharmonisch zu dem ältesten Rechte und bleibt längere Zeit hindurch eine reine Singularität und Anomalie (§ XVIII unter c).

Was nun endlich die Fassung der Edicte betrifft, an welche im edictum perpetuum die Condictionen angeknüpft waren, so lautete[225]) das Edict über die certi condictio ungefähr dahin:

---

223) In Thl. II A. 781 habe ich, gestützt auf Varr. LL. V, 86, 179 angenommen, daß das Wort, wie das Rechtsinstitut des mutuum aus dem Sicilischen entlehnt sei. Trotzdem nun, daß das μοῖτον ἀντὶ μοίτου bei Hesych. II, 613 auf das Sicherste bekundet, daß, wenn überhaupt eine Entlehnung statt gefunden, das Römische aus dem Sicilischen, nicht aber umgekehrt entlehnte, somit also der von Demelius a. O. 219 mir gemachte und zwar ohne alle Begründung ausgesprochene Vorwurf, ich kehre das Richtige gerade um, sicher falsch ist, so nehme ich doch jetzt Anstand, jene Angabe Varro's als historisches Zeugniß zu benutzen, weil einestheils Varro in etymologischen Dingen im Allgemeinen ein unzuverlässiger Gewährsmann ist, sodann aber auch Curtius gr. Etym. 301 die ansprechende Etymologie von movere, movituus, mutuus aufgestellt hat, wodurch allenthalben jene Thatsache der Entlehnung an sich zweifelhaft wird.

224) Rein, Priv. Rt. 634. 636.

225) Voigt, Cond. ob caus. A. 209. S. 290 fg.; vgl. Beil. XIX A. 30. Ueber die incerti condictio war kein eigenes Edict proponirt: Voigt, a. O.

Si certum petetur de pecunia, quam quis crediderit expensumve tulerit mutuove dederit neve ex iusta causa solverit promiseritve, de eo iudicium dabo;
und das Edict über die condictio triticaria ungefähr dahin:
Si quid praeter pecuniam certam petetur, quod quis crediderit mutuove dederit neve ex iusta causa solverit promiseritve, de eo iudicium dabo.

284 fg. — Rudorff, Ed. perp. § 93. 95 sieht von der Restitution gänzlich ab.

## Zusatz.

Zur Lösung des in Thl. III A. 478 besprochenen Widerspruches, daß weder Qu. Mucius, noch Cicero, noch das auf Serv. Sulpicius zurückgehende Obligationen-System eine bon. fid. actio aus dem Commodat kennen, und gleichwohl Ulpian dem Qu. Mucius eine theoretische Erörterung über das Commodat beilegt, bietet sich noch ein anderer Ausweg dar, daß nämlich zur Zeit des Qu. Mucius das Commodat allerdings weder mit einer bon. fid. a., noch überhaupt mit einer a. civilis und in ius concepta bewehrt, somit also auch noch gar nicht contractus war, doch aber mit einer a. honoraria und in factum concepta (Gai. IV, 47) geschützt, somit also ein klagbares pactum praetorium war, welches dann später erst für einen Realcontract erklärt wurde.

Seite 476 Zeile 14 von unten ist zu lesen possessio statt petitio.

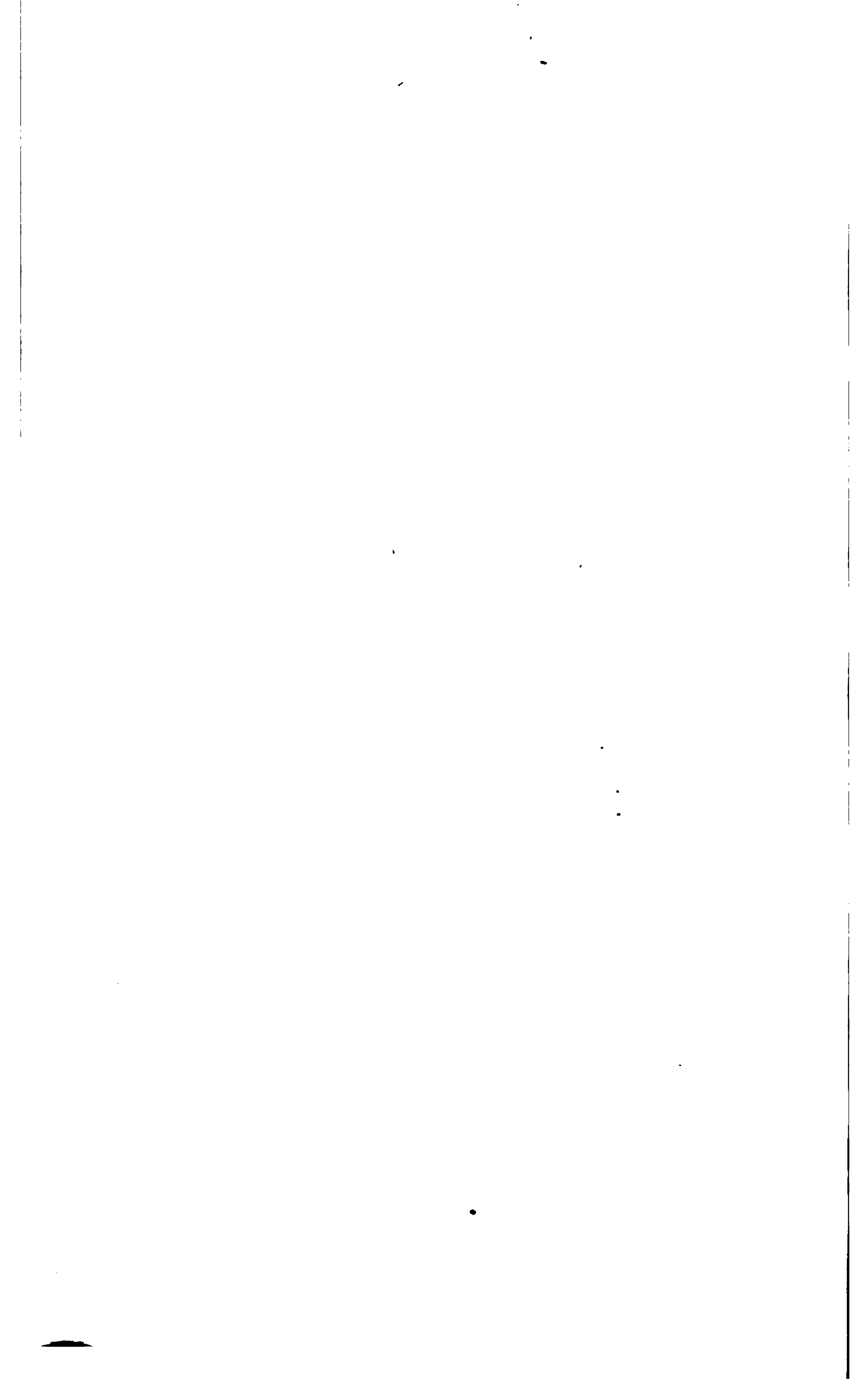
Druck von Bär & Hermann in Leipzig.

# Register.

Angefertigt

von

Dr. Konrad Seeliger.



# I.

# Sach- und Namenregister.

## II.

# Quellen-Register.*



* Verzeichnet sind nur diejenigen Stellen, deren Verständniß oder Kritik durch den Text gefördert wird.